

MINDREÅRIGES RETT TIL SELVBESTEMMELSE OG MEDBESTEMMELSE I HELSERETTEN



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 632
Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 17.917 ord

19.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Sentrale definisjoner	2
1.4	Rettskildebildet	3
1.5	Rettslig utgangspunkt	4
<u>2</u>	<u>MINDREÅRIGES RETT TIL SELVBESTEMMELSE</u>	<u>5</u>
2.1	Begrepet selvbestemmelse	5
2.2	Hensyn bak retten til selvbestemmelse	6
2.3	Generelt om mindreåriges rett til selvbestemmelse	8
2.4	Den helserettslige myndighetsalderen	10
2.4.1	Generelt	10
2.4.2	Historisk tilbakeblikk	12
2.4.3	Sammenlikning med de andre nordiske land	13
2.5	Alderens betydning for retten til selvbestemmelse i spørsmål om egen helse	13
2.5.1	Pasienter over 16 år	13
2.5.1.1	Hovedregel	13
2.5.1.2	Unntak	14
2.5.2	Pasienter mellom 12 og 16 år	17
2.5.2.1	Hovedregel	17
2.5.2.2	Unntak	17
2.5.3	Pasienter under 12 år	20
<u>3</u>	<u>MINDREÅRIGES RETT TIL MEDBESTEMMELSE</u>	<u>21</u>

3.1	Begrepet medbestemmelse	21
3.2	Hensyn bak retten til medbestemmelse	22
3.3	Generelle regler om barns rett til medbestemmelse	22
3.3.1	Barneloven	23
3.3.2	FNs konvensjon om barnets rettigheter	24
3.4	Barns rett til medbestemmelse i helserelaterte spørsmål	25
3.4.1	Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd	25
3.4.2	Innholdet i medbestemmelsesretten	25
3.4.3	Alderens betydning for retten til medbestemmelse	26
3.5	Rett til medvirkning og informasjon	28
4	<u>MEDBESTEMMELSESRETEN OG FORELDREANSVARET</u>	29
4.1	Foreldreansvaret	29
4.2	Hensynet til barnets beste	31
4.3	Hvor går grensen for hva foreldre kan samtykke til på vegne av barn?	32
4.3.1	Barnet ønsker/trenger helsehjelp, men foreldrene nekter eller unnlater å bidra til nødvendig undersøkelse og behandling	33
4.3.2	Foreldrene samtykker til helsehjelp, men barnet nekter	37
4.3.3	Om helsehjelp som strengt tatt ikke er nødvendig	40
4.3.4	Barns rettsikkerhet – en sammenlikning med reglene om samtykke til psykisk helsevern	43
5	<u>HVORDAN SIKRE BARNS RETT TIL SELVBESTEMMELSE OG MEDBESTEMMELSE I SPØRSMÅL OM EGEN HELSE</u>	45
5.1	Pliktsubjekt etter pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd	45
5.2	Helsepersonells plikter	46
5.2.1	Plikt til å ivareta retten til selvbestemmelse?	48
5.2.2	Plikt til å ivareta retten til medbestemmelse?	50
5.2.3	Å sikre barn og unge nødvendig helsehjelp	51
5.3	Kontroll med rettigheter	53

5.3.1	Internkontroll	53
5.3.2	Pasient- og brukerombud	53
5.3.3	Barneombud	54
5.3.4	Statens Helsetilsyn/Helsetilsynet i fylket	54
5.3.5	Om gjennomføringen av FNs barnekonvensjon	54
5.4	Saker der barnevernet er involvert	55
5.5	Sammenlikning	57
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>59</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Legalitetsprinsippet innebærer at ethvert inngrep overfor enkeltmennesket, også innenfor helsevesenet, krever at det foreligger gyldig rettsgrunnlag. Et gyldig rettsgrunnlag kan enten være den enkelte borgers samtykke eller særskilt lovhjemmel.

I helseretten er den store hovedregel at medisinsk behandling og annen helsehjelp skjer på grunnlag av samtykke fra pasienten. For at gyldig samtykke skal foreligge kreves det at pasienten er gitt nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Dette følger av pasientrettighetsloven § 4-1.

Når det gjelder helsehjelp til barn og unge oppstår spørsmålet om hvem som samtykker. I hvor stor grad skal og bør den mindreårige inkluderes i en slik prosess, og motsatt; kan den mindreåriges foreldre holdes utenfor avgjørelsen?

Utgangspunktet er klart. Foreldre samtykker til helsehjelp for barn som er under 16 år, jf. pasientrettighetsloven § 4-4 første ledd, mens pasienter som er fylt 16 år, selv samtykker til helsehjelp, jf. pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b. Fra dette finnes unntak og i grensedragningen mellom foreldrenes avgjørelsesmyndighet og barns selvstendighet kan det oppstå vanskelige spørsmål.

Oppgaven vil bestå av fire hoveddeler foruten innledning og avslutning. Først vil jeg redegjøre for mindreåriges rett til selvbestemmelse. Jeg vil drøfte mindreåriges rett til selv å ta avgjørelser i helserelaterte spørsmål. Her vil det fokuseres på barn mellom 12 og 16 år sin rett til å avgi selvstendig samtykke.

Videre vil jeg gjøre rede for mindreåriges rett til medbestemmelse, og ta opp problemstillingen om en bestemt aldersgrense er avgjørende for barnets rett til medbestemmelse i spørsmål om egen helse.

I oppgavens del 4 vil jeg drøfte forholdet mellom foreldreansvaret og et barns rett til medbestemmelse. Barn har en rett til medbestemmelse og skal gis en med alderen økende grad av selvbestemmelse. Foreldreansvaret innebærer at de med foreldreansvaret er gitt rett og plikt til å ta avgjørelser på vegne av barnet. Et spørsmål som her vil reises er hvor grensen går for hva foreldre kan samtykke til på vegne av sine barn.

I oppgavens femte del vil jeg se på gjennomføringen av retten til medbestemmelse og selvbestemmelse. Her er det retten til medbestemmelse som vil vies mest plass. Gjennomføringen av en rettighet er viktig for hvor reell rettigheten kan sies å være. Spesielt må dette gjelde når det dreier seg om barns rettigheter, da barn ikke på samme måte som voksne kan håndheve sine rettigheter.

1.2 Avgrensning

Oppgaven vil i hovedsak ta for seg problemstillinger knyttet til somatisk helsehjelp, men det vil også gis eksempler fra psykisk helsevernlovgivningen.

Det er som nevnt et vilkår for medisinsk behandling at pasienten samtykker. I avhandlingen vil det ikke drøftes hvilke krav som stilles til et gyldig samtykke, men *hvem* som avgir samtykke når pasienten er mindreårig (under 18 år) og hvordan den mindreårige pasienten kan delta i denne avgjørelsen.

Det vil heller ikke gis en inngående drøftelse av forholdet mellom pasientrettighetsloven, barneloven og FNs barnekonvensjon. Forholdet er aktuelt fordi det sier noe om rettstilstanden. Av hensyn til oppgavens omfang er det ikke anledning til å gå i dybden på temaet.

1.3 Sentrale definisjoner

Med mindreårige menes personer under 18 år. I avhandlingen vil jeg bruke begrepene mindreårige og barn om hverandre, men begrepene skal forstås likt.

Helsehjelp er i pasientrettighetsloven § 1-3 første ledd bokstav c definert som “handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende,

rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som er utført av helsepersonell”. Helsehjelp er med andre ord et vidt begrep, og omfatter mer enn medisinske inngrep.

En pasient er en som henvender seg til helsetjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helsetjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle, jf. pasientrettighetsloven § 1-3 første ledd bokstav a.

Når jeg bruker begrepet foreldre, skal det forstås som foreldre med foreldreansvar etter barneloven kapittel 5 og som har den daglige omsorg for barnet. Der det dreier seg om foreldre som er fratatt den daglige omsorgen, men ikke foreldreansvaret, vil dette fremgå særskilt. For enkelthets skyld vil de som samtykker på vegne av barnet bli omtalt som foreldre. Det kan også tenkes at det er andre enn foreldrene som har foreldreansvaret eller at det er barneverntjenesten som avgir samtykke til helsehjelp.

1.4 Rettskildebildet

Spesialisthelsetjenesteloven, psykisk helsevernloven, pasientrettighetsloven og helsepersonelloven er de sentrale lover på helserettens område. I saker der barn er involvert vil barneloven og FNs konvensjon om barnets rettigheter, som med menneskerettsloven er inkorporert i norsk rett, stå sentralt. Da pasientrettighetsloven er å anse som en spesiallov for det konkrete tema vil det være denne som vil bli viet størst plass i avhandlingen.

Forarbeidene til de nevnte lovene vil stå sentralt i avhandlingen. Disse utdyper og belyser de temaer lovene tar opp.

Det finnes ikke særlig rettspraksis som er relevant for temaet. Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i spørsmål om egen helse er et praktisk spørsmål, men er i all hovedsak løst utenfor rettsapparatet.

Både helserett og barnerett er anerkjente rettsdisipliner, og det finnes omfattende litteratur. Når det gjelder det konkrete temaet “barns rett til medbestemmelse og selvbestemmelse i helseretten” er dette berørt flere steder i litteraturen, men det er kun

Aasen av de forfatterne jeg kjenner til, som har gått i dybden på temaet.¹ Jeg har imidlertid valgt en noe annerledes innfallsvinkling og fordypning enn henne.

1.5 Rettslig utgangspunkt

Som nevnt er den store hovedregel at medisinsk behandling og annen helsehjelp krever samtykke fra den det gjelder. Når det dreier seg om helsehjelp til barn oppstår spørsmålet om hvem som kan avgi gyldig samtykke til helsehjelp til barnet. Materielle regler om beslutningskompetanse kan deles inn i følgende undergrupper:²

- 1) Der hvor foreldre/verge har det avgjørende ordet, selv om barnet er uenig.
 - a. Normalt er da avgjørelsen endelig og barnet må bøye seg for den, selv om det kan være uklart hvor langt de voksne kan gå i å bruke makt for å gjennomføre beslutningen.
 - b. Unntaksvis åpner lovverket for at offentlige organer kan overprøve de voksnes avgjørelser, enten etter begjæring fra barnet, eller av eget tiltak.
- 2) Der hvor barnet treffer avgjørelsen selv, uavhengig av foreldres/vergers protest. Myndighetsalderen er 18 år, men lovverket setter særskilte - og lavere - aldersgrenser for bestemte handlinger/tiltak.
- 3) Der hvor foreldre/verge har beslutningskompetansen, men hvor barnets samtykke eller medvirkning er nødvendig.
- 4) Der hvor beslutningskompetansen uansett ligger hos myndighetene, og hvor barnets mening
 - a. i form av et samtykke eller søknad er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig, vilkår for å oppnå en rettsvirkning (ofte henger barns kompetanse sammen med en oppnådd aldersgrense),
 - b. er et av flere relevante moment som myndighetene skal legge vekt på,

¹ Aasen (2000) og Aasen (2008).

² Søvig (2009) s. 52-53.

c. en særvariant av den foregående er regler hvor kompetansen ligger hos myndighetene nettopp fordi borgeren er mindreårig.

2 Mindreåriges rett til selvbestemmelse

2.1 Begrepet selvbestemmelse

Begrepet selvbestemmelse er hverken definert eller benyttet i de helserettslige lovene. I utkast til lov om pasientrettigheter hadde kapittel 4 overskriften “Rett til selvbestemmelse”,³ men overskriften ble ved vedtakelsen av loven endret til “Samtykke til helsehjelp”, og pasientrettighetsloven bruker kun uttrykket “samtykke”.

Det er vanskelig å gi en bestemt definisjon av begrepet selvbestemmelse fordi det er et begrep som kan ha noe forskjellig betydning i ulike relasjoner. Et mye brukt synonym for selvbestemmelse er autonomi. Gullestad har definert begrepet autonomi som “det å fremføre sine intensjoner i direkte samspill med andre situasjoner der ens egne interesser står på spill”.⁴ Dette er utformet i psykologisk sammenheng, men passer bra også for helseretten.⁵

I juridisk sammenheng er en treffende forklaring av begrepet en rett til å bestemme over seg selv og herunder treffe egne beslutninger om forhold som angår en selv.

Selvbestemmelse innebærer et krav om samtykke fra den avgjørelsen gjelder. Samtykke er etter vanlig språkbruk en tillatelse, aksept eller godkjenning. I personopplysningsloven § 2 syvende ledd defineres samtykke som “en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv.”

³ Høringsnotat 1.

⁴ Gullestad (1992) s. 209.

⁵ Kjønstad (2007) s. 41-42.

Den første delen av denne legaldefinisjonen passer bra som en generell definisjon av begrepet samtykke.

I helseretten kan man tale om selvbestemmelsesrett i positiv og negativ forstand. Med selvbestemmelsesrett i positiv forstand menes en kompetanse til å avgi samtykke til medisinsk behandling. Med selvbestemmelsesrett i negativ forstand menes en rett til å motsette seg inngrep, altså en nektingsrett.

Retten til selvbestemmelse forbindes stort sett med noe positivt, nemlig det å råde over seg selv. Samtidig innebærer retten også en risiko for dårlige valg på egne vegne. En evne til å treffe langsiktige valg er ikke noe man er født med, den tar tid å utvikle. Dette er grunnen til at barns selvbestemmelsesrett er begrenset.

Det motsatte av selvbestemmelse er at det er andre som tar avgjørelsen. Et paternalistisk syn står i motsetning til den oppfatning at det er den enkelte pasient som selv bør avgjøre hvilken behandling han eller hun vil gjennomføre. Ordet paternalisme betyr formynderi og kommer fra det latinske ordet “pater” som betyr far.⁶ I medisinsk sammenheng er paternalisme at det er legen som avgjør hva som er best for pasienten. I norsk rett har selvbestemmelsesretten avløst paternalismen som overordnet etisk og rettslig norm for å kunne gi helsehjelp.⁷ Når det dreier seg om helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse har utviklingen gått motsatt vei. Gjennom pasientrettighetsloven kapittel 4A har det blitt åpnet det opp for å bruke tvang for å gjennomføre helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse.

2.2 Hensyn bak retten til selvbestemmelse

Retten til selvbestemmelse er et utslag av et generelt frivillighetsprinsipp. Retten kan videre sies å bygge på en tanke om at den enkelte individ er i stand til å ivareta sine egne interesser.

⁶ www.wikipedia.no.

⁷ Syse (2009) s. 291.

Respekt for det enkelte individ og dets integritet begrunner en rett til selvbestemmelse og frivillighet som et generelt prinsipp i samfunnet. Ser vi hen til de internasjonale menneskerettighetene ser vi at retten til selvbestemmelse er et overordnet prinsipp. I EMK artikkel 9 anerkjennes religionsfriheten, i artikkel 11 anerkjennes at alle skal ha frihet til å delta i foreninger og artikkel 12 gir menn og kvinner i gifteferdig alder en rett til å inngå ekteskap.

Vårt rettssystem bygger på det grunnleggende prinsipp om at folks fysiske og psykiske integritet ikke skal krenkes. Integritet kan forstås om respekt for en persons vurderinger, uavhengighet og ukrenkelighet.⁸ Straffeloven kapittel 22 regulerer “Forbrydelser mod Liv, Legeme og Helbred”. Medisinsk inngrep uten gyldig samtykke eller særskilt hjemmelsgrunnlag vil kunne rammes av bestemmelsene om legemskrenkelser.

Legalitetsprinsippet som skranke for utøvelse av offentlig myndighet illustrerer selvbestemmelsesrettens posisjon og viktighet i samfunnet. Gjennom eksistensen og overholdelsen av legalitetsprinsippet respekteres og vernes borgernes rett til selvbestemmelse over eget liv.

Vernet om den enkeltes rettsikkerhet for selvbestemmelse og fysisk og psykisk integritet er et generelt og tungtveiende rettsformål.⁹

I helserettlig sammenheng er det bred enighet om at informasjon til – og samtykke fra – pasienten bidrar til større pasientdeltakelse, noe som ofte vil være en forutsetning for et vellykket behandlingsopplegg.¹⁰

Hensynet til selvbestemmelse gjør seg gjeldende med ulik styrke i ulike tilfeller. Jo alvorligere inngrep i den enkelte borgers sfære det er tale om, jo større interesse har individet i selv å ta stilling til om inngrepet skal gjennomføres. På noen livsområder er det fullstendig selvbestemmelsesrett, mens på andre områder har lovgiver funnet det

⁸ Syse (2009) s. 270.

⁹ Aasen (2000) s. 307.

¹⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 80.

nødvendig å avgrense den individuelle bestemmelsesretten, blant annet for å verne om eget og andres liv, integritet og velferd. Retten til selvbestemmelse gjelder med andre ord ikke ubetinget, heller ikke i helseretten.

Allmenfarlige smittsomme sykdommer og alvorlige psykiske lidelser kan gi grunnlag for tvangsbehandling,¹¹ altså behandling på tross av at pasienten ikke ønsker behandlingen eller ikke har gitt sitt samtykke til den. Det stilles strenge vilkår for gjennomføring av slik behandling, og det skal alltid først søkes å gjennomføre tiltak basert på frivillighet.

Også i øyeblikkelig hjelp-tilfellene er kravet om samtykke fra pasienten fraveket. Her går helsepersonells plikt til å yte helsehjelp når dette er påtrengende nødvendig, foran kravet om samtykke fra pasienten, se helsepersonelloven § 7. Det sies eksplisitt at hjelpen skal gis selv om pasienten motsetter seg dette. Hjelpeplikten begrunnes i lovforarbeidene med at samfunnet har en særlig interesse av å opprettholde respekten for livet, og at dette legitimerer innskrenkninger i den enkelte pasients autonomi.¹²

For barns del blir utfordringen å balansere autonomi som grunnleggende prinsipp opp mot den faktiske erkjennelsen av at mange unge voksne ikke har samme erfaringsgrunnlag som voksne og derfor begrenset selvbestemmelsesevne.¹³

2.3 Generelt om mindreåriges rett til selvbestemmelse

I Norge er myndighetsalderen 18 år, jf. vergemålsloven § 1. Myndighetsalderen er utgangspunktet for den alminnelige selvbestemmelsesretten, og dette innebærer at en person er underlagt sine foreldres myndighet så lenge han er mindreårig. Når vedkommende fyller 18 år, inntreer den alminnelige selvbestemmelsesretten og han kan da selv treffe avgjørelser i alle spørsmål som angår ham selv.

¹¹ Smittevernloven og psykisk helsevernloven hjemler tvangsinngrep i slike tilfelle.

¹² Ot.prp. nr. 13 (1998-99) s. 52.

¹³ Sjøvig (2009) s. 68.

Barneloven § 33 gir anvisning på at barnet skal gis stadig større selvbestemmelsesrett med alderen og frem til det er myndig, men selvbestemmelsesretten i alminnelighet inntreffer ikke før fylte 18 år.

Flere lovbestemmelser tar utgangspunkt i 18 år som myndighetsalder, for eksempel førerrett for personbil, jf. veitrafikkloven § 24 tredje ledd.

På noen områder har lovgiver valgt å regulere særskilte myndighetsalder, slik at mindreårige gis en selvbestemmelsesrett/myndighet før fylte 18 år. I strafferetten er den kriminelle lavalder 15 år, jf. straffeloven § 46. Dette innebærer at fra fylte 15 år kan en person straffes. I barneloven § 32 er det slått fast at barn som er fylt 15 år selv avgjør spørsmål om valg av utdanning og det å melde seg inn i eller ut av foreninger. Retten til og på egen hånd melde seg inn i eller ut av trossamfunn oppstår ved fylte 15 år, jf. lov om trdomssamfunn § 3. Vergemålsloven § 33 regulerer i hvilken utstrekning den mindreårige på egen hånd rår over midler som han har tjent ved egen virksomhet. Det er avgjørende om den mindreårige har fylt 15 år.

I motsatt retning har lovverket regler som utvider “barnebegrepet”. En gruppe regler er bestemmelser som gir unge voksne samme rettigheter som barn, jf. for eksempel barnevernloven § 1-3 andre ledd som fastsetter at tiltak som er iverksatt før fylte 18 år kan opprettholdes eller erstattes inntil “barnet” har fylt 23 år (så lenge vedkommende samtykker). Alkoholloven § 1-5 første ledd forbyr blant annet salg av brennevin til noen som er under 20 år. Jeg vil komme tilbake til de høyere aldersgrenser i helseretten.

Det kan stilles spørsmål om hvorfor lovgiver har valgt forskjellige myndighetsalder på forskjellige livsområder, men dette er vanskelig å gi et godt svar på. En begrunnelse kan ligge i hensynet bak foreldreansvaret etter barneloven § 30. Smith og Lødrup formulerer begrunnelsen bak foreldres rett til å bestemme for barna slik:

“Det er en rett som er gitt dem for at de skal vareta barnets interesser når barna ikke selv er i stand til dette. I den utstrekning barna selv er i stand til å vareta sine

egne interesser på en fornuftig måte, faller begrunnelsen for foreldrenes bestemmelsesrett bort. Og da bør foreldrene ikke lenger ha en slik rett.”¹⁴

En av grunnene til at det finnes ulike myndighetsaldre kan med andre ord være at det ikke lenger finnes gode grunner for at foreldrene skal ta avgjørelser på bestemte livsområder på vegne av sine barn etter at de er nådd en viss alder. Etter at et barn har fylt 15 år, anses han eller hun for eksempel for å ha den forventede modenhet i forhold til å ta stilling til spørsmål om utdanning. Da er det ikke lenger grunnlag for å gi foreldrene en bestemmelsesrett i slike spørsmål. Det samme må antas for helserettslige spørsmål etter fylte 16 år.

Selvbestemmelsesretten må sees i sammenheng med selvbestemmelseevnen, som øker i takt med alder og utvikling. I perioden frem mot full selvbestemmelsesrett har lovverket satt opp regler som lar voksne omsorgspersoner være representanter for barna.

2.4 Den helserettslige myndighetsalderen

2.4.1 Generelt

Medisinske spørsmål dreier seg om meget personlige forhold på den ene side, og ofte svært vanskelige beslutninger på den annen side. Det kan derfor være vanskelig å regulere barn og unges selvbestemmelsesrett på dette området.

Pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b gir regelen om den helserettslige myndighetsalder: Mindreårige har etter fylte 16 år rett til å samtykke til helsehjelp med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser eller av tiltakets art. Fra denne hovedregel finnes unntak i begge retninger. Jeg skal nedenfor i punkt 2.5.1.2 se på tilfeller der pasienter over 16 år likevel ikke kan avgi gyldig samtykke til helsehjelp. I punkt 2.5.2.2 skal jeg se på tilfeller der avgjørelsesmyndigheten ligger hos den mindreårige, selv om han eller hun ikke er fylt 16 år.

¹⁴ Smith (2006) s. 126.

Sosial- og helsedepartementet sendte 21. august 1997 høringsnotat til lov om pasientrettigheter på bred høring.¹⁵ I høringsnotatet foreslo departementet blant annet at den helserettslige myndighetsalderen ble satt til 15 år. Barneombudet uttalte til dette spørsmålet:

“Barneombudet mener dette er betenkelig. Barn skal ansvarliggjøres ved en med alderen økende grad av medbestemmelse, dette er gjennomarbeidet i all lovgivning som omhandler barn. Barn skal imidlertid skjermes for tyngende avgjørelser og ansvar. Barn skal ha rett til å bli hørt, men skal være fri for å være ansvarlig alene.”¹⁶

Barneombudet foreslo etter dette å sette den helserettslige myndighetsalder til 16 år, men ønsket samtidig å fremheve barn og unges medbestemmelsesrett.

Departementet bemerket at harmonisering med barnevernloven § 4-26 og enkelte bestemmelser i barneloven talte for en helserettslig myndighetsalder på 15 år.¹⁷ På bakgrunn av at konsekvensene av et helsemessig inngrep kan være så alvorlige at samtykke må bygge på flest mulig modne overveielser, foreslo departementet likevel at den helserettslige myndighetsalder som hovedregel settes til 16 år.

Under lovbehandlingen forslo Fremskrittspartiet at den helserettslige myndighetsalderen skulle følge den normale myndighetsalderen, men dette forslaget ble nedstemt.¹⁸

Selv om pasienter som er fylt 16 år, regnes som myndige i forhold til å kunne avgi gyldig samtykke, er pasienten fortsatt regnet som barn etter andre bestemmelser i pasientrettighetsloven. I lovens kapittel 6 er barn gitt noen særlige rettigheter, og dette kapitlet omfatter alle pasienter under 18 år. Det får i forhold til disse reglene ikke betydning at pasienten har passert den helserettslige myndighetsalder. Denne tolkningen

¹⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 19.

¹⁶ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 83.

¹⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 83.

¹⁸ Syse (2009) s. 313.

er lagt til grunn i forarbeidene¹⁹ og er regelfestet i forskrift om barns opphold i helseinstitusjon.²⁰

2.4.2 Historisk tilbakeblikk

Da barn ble synliggjort som sosial gruppe, ble de først sett på som en slags halvveis mennesker – ”human becomings” – som skulle bli til noe fullverdig når de en gang ble voksne. De var ”noen som skulle bli voksne”, de var uferdige, skulle formes, kunne bestemmes over – og utnyttes.²¹

Synet på barn som en egen gruppe i samfunnet har utviklet seg, særlig de siste 40 årene og barns rettigheter kommer stadig i større fokus. Norge har vært et av foregangslandene med hensyn til å lovfeste barns rett til å bli hørt før det treffes beslutninger i saker som berører dem, og også internasjonalt har dette prinsippet vunnet stadig større aksept. Artikkel 12 i FNs barnekonvensjon var en nyskapning i internasjonal rett og den var kontroversiell.²² Barnets rett til å bli hørt er lovfestet på flere rettsområder etter inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk lov i 2003.

Det var ikke før pasientrettighetsloven av 1999 noen uttrykkelig regulering av den helserettslige myndighetsalder, men i forarbeidene til pasientrettighetsloven legges det til grunn at loven er en videreføring av den tidligere rettstilstanden på dette området.²³

Den tidligere legeloven § 26 regulerte muligheten for å unnlate å gi opplysninger til en pasients foreldre når han eller hun var mellom 12 og 16 år, og la til grunn at foreldre som hovedregel ikke skulle informeres når pasienten var fylt 16 år. Samme lovs § 32, som gjaldt samtykke til å gi taushetsbelagt opplysninger til andre, sa at dersom pasienten var under 16 år skulle slikt samtykke gis av pasientens foreldre. Vi ser av dette at det i legeloven var av betydning for selvbestemmelsesretten om en pasient var over eller under 16 år.

¹⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 97.

²⁰ Forskrift av 1. desember 2000 nr. 1217.

²¹ Stang (2007) s. 64.

²² Smith (2006) s. 116.

²³ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 83.

2.4.3 Sammenlikning med de andre nordiske land

Den danske Sundhedsloven § 17 første ledd legger til grunn at en pasient som er fylt 15 år, selv kan avgi informert samtykke til behandling. Den finske pasientrettighetsloven har i utgangspunktet en 18-års grense for selvbestemmelsesretten. Med henblikk på den enkeltes alder og utvikling kan imidlertid en mindreårig treffe beslutning på egen hånd. Etter denne bestemmelsen er det antatt en rett til selvbestemmelse fra 15-16 års alderen. Etter svensk rett er det ingen lovfestet minstealder for å kunne samtykke til å motta helsehjelp.²⁴

2.5 Alderens betydning for retten til selvbestemmelse i spørsmål om egen helse

Pasientrettighetsloven legger opp til at bestemte aldersgrenser er avgjørende for retten til selvbestemmelse. De viktige skillene går ved fylte 12 år og fylte 16 år. Jeg vil derfor dele opp fremstillingen etter disse aldersgruppene; pasienter over 16 år, pasienter mellom 12 og 16 år og pasienter under 12 år.

2.5.1 Pasienter over 16 år

2.5.1.1 Hovedregel

Hovedregelen er at pasienter som er fylt 16 år selv tar avgjørelser i medisinske spørsmål, jf. pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b. Selvbestemmelsesretten i helseretten inntreffer med andre ord når pasientens alder passerer 16 år.

Hovedregelen innebærer for eksempel at det er den mindreårige som samtykker til en behandling som legen foreslår, eller velger mellom ulike behandlingsalternativer. Ser vi hen til psykisk helsevernloven følger det av § 2-1 at personer som er fylt 16 år, selv avgir samtykke til psykisk helsevern.

At pasienter som er fylt 16 år selv tar avgjørelser i helserelaterte spørsmål innebærer også at det er pasienten alene som mottar informasjon vedrørende helsehjelpen, jf.

²⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 83.

pasientrettighetsloven § 3-4 første ledd. Foreldrene har som utgangspunkt ikke krav på informasjon.²⁵

2.5.1.2 Unntak

Selv om pasienten er fylt 16 år, kan det forekomme tilfeller hvor han eller hun likevel ikke alene kan samtykke til helsehjelpen. Dette kan følge av “særlige lovbestemmelser eller av tiltakets art”, jf. pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b.

Det følger av transplantasjonsloven § 1 andre ledd at samtykke kan gis av den som er 18 år. Vi ser at bestemmelsen representerer et unntak fra hovedregelen om at pasienter over 16 år kan avgi gyldig samtykke. En person under 18 år kan som utgangspunkt ikke avgi gyldig samtykke til transplantasjon. Den høyere aldersgrensen for å samtykke til transplantasjon innebærer ikke at foreldrene avgir gyldig samtykke på vegne av den mindreårige pasienten, men at en bestemt fremgangsmåte må følges. Etter transplantasjonsloven § 1 kan personer under 18 år, når særlige grunner taler for det, gi samtykke med tilslutning fra sin verge og den som har foreldreansvaret og omsorgen for den mindreårige. Det er med andre ord krav om “dobbelt samtykke”. Er pasienten under 12 år er vilkårene enda strengere, se § 1 tredje ledd. Begrunnelsen for den høyere aldersgrensen i transplantasjonsloven er at det dreier seg om inngrep som ikke foretas i barnets, men i en tredjepersons, interesse, og hvor det derfor er grunn til å oppstille ekstra strenge krav til samtykke.²⁶

Steriliseringsloven opererer med en 25-års grense, jf. lovens § 2 første punktum. Aldersgrensen i forhold til sterilisering innebærer ikke at foreldre kan avgi samtykke på vegne av pasienten, men har den betydning at personer under 25 år ikke kan steriliseres. Dette fremkommer av loven da det stilles som vilkår for sterilisering at personen som skal steriliseres har fylt 25 år. Det finnes imidlertid unntak for personer med alvorlig sinnslidelse eller som er psykisk utviklingshemmet eller psykisk svekket.²⁷ Den høyere aldersgrensen i steriliseringsloven er begrunnet i alvorligheten av slike irreversible

²⁵ Dette følger motsetningsvis av pasientrettighetsloven § 3-4 første ledd.

²⁶ Aasen (2000) s. 561.

²⁷ Steriliseringsloven § 2 annet punktum.

inngrep.²⁸ Det kreves ytterligere forståelse og modenhet enn det man legger til grunn at en normalt utviklet 16-åring har.

Pasientrettighetsloven § 4-9 tredje ledd stiller som vilkår at pasienten er myndig for blant annet å kunne nekte å motta blod eller motsette seg livsforlengende behandling. Det fremgår av forarbeidene at det er tale om den alminnelige myndighetsalder.²⁹

Når det gjelder tiltakets art som grunnlag for unntak fra selvstendig selvbestemmelsesrett ved fylte 16 år, siktes det nok til tiltak hvor vurderingen kreves særlig modenhet og kritisk sans.³⁰ Forarbeidene nevner som eksempler deltakelse i forskningsprosjekter, eksperimentell behandling og smertefull eller risikofylt behandling.³¹ Behandling som er irreversibel, for eksempel plastisk kirurgi, som fettsuging og brystoperasjoner nevnes også som eksempler på avgjørelser som ikke kan tas før normal myndighetsalder er oppnådd.³² Helsedepartementet har lagt til grunn at det skal gjelde en 18 års grense for å kunne samtykke til plastisk kirurgi.³³

Betydningen av innskjerpingen av myndighetsalderen på dette felt, er at det kreves samtykke fra foreldre eller andre foresatte for å få gjennomført slike inngrep før fylte 18 år. Smith og Lødrup mener det ikke burde være adgang til å foreta fettsuging og brystoperasjoner i det hele tatt på mindreårige, hverken med eller uten samtykke fra innehaver av foreldremyndigheten.³⁴ Forfatterne viser til at når det gjelder utstående ører, og forskjellige typer beinoperasjoner, har det ikke så vidt de vet vært gjort gjeldende sterke motforestillinger mot at foreldrene treffer avgjørelser om dette også når det gjelder relativt små barn.³⁵

²⁸ Aasen (2000) s. 561.

²⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 136.

³⁰ Smith (2006) s. 123.

³¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 84-85.

³² Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 85.

³³ Helsedepartementets rundskriv.

³⁴ Smith (2006) s. 114-115.

³⁵ Smith (2006) s. 115.

Videre kan det tenkes situasjoner der pasienten oppfyller lovens krav til alder, men at det likevel kan være aktuelt å underkjenne samtykket. Dette gjelder dersom den mindreårige er svært umoden. Pasientrettighetsloven § 4-3 andre ledd lyder:

“Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.”

Ordlyden gir grunnlag for den tolking at det skal mye til for å underkjenne samtykket, jf. at pasienten *åpenbart* ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.

Aasen legger til grunn at det skal svært mye til for en slik underkjennelse. Hun viser til at noe av poenget med å operere med faste aldersgrenser er å spare adressaten for samtykket for å måtte foreta omfattende individuelle vurderinger av personens modenhet.³⁶

Selv om den mindreårige pasienten har passert den helserettslige myndighetsalder og alene mottar informasjon og avgir samtykke, kan ikke nødvendigvis hans foreldre holdes helt utenfor. Når det gjelder informasjon til foreldre når pasienten er mellom 16 og 18 år, heter det i pasientrettighetsloven § 3-4 tredje ledd at ”informasjon som er nødvendig for å oppfylle foreldreansvaret, skal likevel gis foreldre eller andre med foreldreansvaret”. Bestemmelsen innebærer at foreldrene må få opplysninger om hvor barnet befinner seg, om eventuell selvmordsfare eller annen alvorlig fysisk eller psykisk lidelse, og om innleggelse i sykehus på grunn av livstruende tilstander, alvorlig spiseforstyrrelse o.l.³⁷ Informasjonsplikten innebærer ikke nødvendigvis en full redegjørelse for den generelle helsetilstanden, hvilke undersøkelser som er foretatt mv.³⁸ Hvis den unge åpenbart ikke kan ivareta sine interesser, på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser eller psykisk utviklingshemming, vil det etter pasientrettighetsloven § 3-3 annet ledd være rett og plikt til å informere foreldre med foreldreansvar. Disse vil i praksis være pårørende i henhold til pasientrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

³⁶ Aasen (2000) s. 273.

³⁷ Syse (2009) s. 278.

³⁸ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 131.

2.5.2 Pasienter mellom 12 og 16 år

2.5.2.1 Hovedregel

Som hovedregel ligger avgjørelsesmyndigheten hos den mindreåriges foreldre inntil den mindreårige er fylt 16 år, jf. pasientrettighetsloven § 4-4 første ledd. Dette innebærer at det som utgangspunkt må innhentes samtykke fra begge foreldrene som har foreldreansvaret før behandling kan iverksettes. Både foreldrene og den mindreårige har i slike tilfeller krav på informasjon, jf. pasientrettighetsloven § 3-4 første ledd.

Hovedregelen innebærer at dersom det er uenighet mellom barnet og foreldrene, skal i utgangspunktet foreldrenes syn legges til grunn.³⁹

Dersom barneverntjenesten har overtatt omsorgen for barn under 16 år etter barnevernloven § 4-6 annet ledd, 4-8 eller 4-12, har barneverntjenesten rett til å samtykke til helsehjelp. Dette følger av pasientrettighetsloven § 4-4 tredje ledd. Dersom barneverntjenesten har rett til å samtykke til helsehjelp til den mindreårige er det også barneverntjenesten som mottar informasjon etter pasientrettighetsloven § 3-4.

Selv om den mindreårige ikke selv kan avgi gyldig samtykke til helsehjelp, kan ikke avgjørelsesmyndigheten sies å ligge ubetinget helt hos foreldrene. I pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd er det gitt regler om rett til medbestemmelse i spørsmål om egen helse. Dette er tema for oppgavens del 3. Jeg vil i del 4 reise spørsmålet hvor grensen går for hva foreldre kan samtykke til på vegne av barna.

2.5.2.2 Unntak

Med hjemmel i pasientrettighetsloven § 3-4 andre ledd er det mulighet for å unnlate å informere den mindreårige pasientens foreldre. Bestemmelsen lyder:

“Er pasienten mellom 12 og 16 år, skal opplysninger ikke gis til foreldrene eller andre med foreldreansvaret når pasienten av grunner som bør respekteres, ikke ønsker dette.”

³⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 134.

Ordlyden gir grunnlag for den tolking at det ikke kreves veldig mye. Det tales ikke om gode eller tungtveiende grunner, men om *grunner som bør respekteres*.

Forarbeidene gir anvisning på at dersom ungdom over 16 år ønsker å unnta opplysninger fra foreldrenes kunnskap skal det i utgangspunktet respekteres.⁴⁰ Som eksempel på grunn som bør respekteres nevnes råd om lettere psykiske problemer på grunn av mobbing.⁴¹

Bestemmelsen i pasientrettighetsloven § 3-4 andre ledd må sees i sammenheng med pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b som sier mindreårige etter fylte 16 år har samtykkekompetanse “med mindre annet følger av...tiltakets art”. I forarbeidene legges det til grunn at det kan tenkes personlige helseanliggender som bør ligge under en normalt utviklet ungdoms rådighetssfære også før fylte 16 år.⁴²

Helsedirektoratet synes å legge til grunn at “tiltakets art” i pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b må tolkes slik at også personer under 16 år i en viss utstrekning kan samtykke til helsehjelp dersom de selv er i stand til å ta vare på egne interesser på en fornuftig måte, og foreldrenes atferd og oppfatninger ikke nødvendigvis er til barnets beste.⁴³ Antagelig vil unntak være mest aktuelt for barn i alderen 12 til 16 år, jf. for så vidt pasientrettighetsloven § 3-4.

Et viktig hensyn bak bestemmelsen i § 3-4 annet ledd er å sikre at barn og unge oppsøker helsetjenesten når de har behov for det, uten frykt for at foreldrene skal kobles inn. Dette er særlig aktuelt der det er et motsetningsforhold mellom barnet og foreldrene, eller barnet har grunn til å frykte sterke represalier eller fordømmelse ved å være åpen, for eksempel i tilfeller av mishandling i hjemmet og med hensyn til prevensjon, abort,

⁴⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 73.

⁴¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 131.

⁴² Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 133.

⁴³ NOU 2008:9 s. 48 og helsedirektoratets rundskriv.

behandling for kjønnssykdommer og lignende.⁴⁴ De reelle hensyn trekker i retning av at det ikke skal mye til for å unnlate å informere foreldrene.

Etter Aasens oppfatning bør det ikke kreves for mye for å unnlate å informere foreldrene, idet dette vil undergrave formålet med bestemmelsen, nemlig å sikre at mindreårige får den helsehjelp de trenger og etter loven har krav på.⁴⁵

Syse nevner som eksempel at mishandlingssaker og ulike overbevisningsspørsmål der foreldre og barn har ulike vurderinger kan gi grunnlag for å unnlate å gi informasjon etter pasientrettighetsloven kapittel 3.⁴⁶

Jeg er enig i at det ikke må kreves for mye for å unnlate å informere foreldrene. Etter pasientrettighetsloven § 2-1 har barn, på lik linje med voksne, rett til nødvendig helsehjelp. Å sikre mindreårige nødvendig helsehjelp må være minst like viktig som å ta hensyn til foreldres beslutningsmyndighet overfor sine barn. Hensynet til barnets beste er overordnet, noe som må bety at barnets interesser må gå foran foreldrenes interesser der disse står i et motsetningsforhold til hverandre.

Forarbeidene uttrykker det slik at pasientrettighetsloven § 3-4 andre ledd er et unntak fra hovedregelen om at foreldrene har full samtykkekompetanse på vegne av barn under 16 år.⁴⁷ Syse legger til grunn at ovenfor nevnte bestemmelse gir grunnlag til å innfortolke en samtykkerett til helsehjelp av mindre inngripende karakter. Som eksempel nevner han en femten år gammel jente som ber lege eller jordmor om prevensjonsveiledning og at foreldrene ikke må informeres. Da bør hun også få samtykke selvstendig til nødvendige undersøkelser i sakens anledning.⁴⁸

Elde peker i en artikkel om barn og unges rettssikkerhet ved etablering av psykisk helsevern på at unntaket om selvstendig samtykkerett før 16 år er svært vanskelig

⁴⁴ Aasen (2008) s. 11-12.

⁴⁵ Aasen (2008) s. 12.

⁴⁶ Syse (2009) s. 277.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 131.

tilgjengelig i lovgivningen, noe som er uheldig i et rettssikkerhetsperspektiv.⁴⁹ Hvor langt retten til selvstendig samtykke rekker i praksis er uklart, noe som kanskje gjør det vanskelig for helsepersonell å benytte seg av unntaket om ikke å informere den mindreårige pasientens foreldre.

Etter abortloven § 4 er det kvinnen selv som fremsetter begjæring om svangerskapsavbrudd. Dette gjelder uten hensyn til kvinnens alder. Men dersom hun er under 16 år skal den eller de som har foreldreansvaret eller vergen gis anledning til å uttale seg hvis ikke særlige grunner taler mot det. Det kreves samtykke fra fylkesmannen når kvinnen er under 16 år, og den eller de som har foreldreansvaret eller vergen har uttalt seg mot at svangerskapet blir avbrutt, jf. abortloven § 9 første ledd bokstav a.

2.5.3 Pasienter under 12 år

Barn under 12 år har som utgangspunkt ingen selvbestemmelsesrett i beslutninger om helsehjelp. Det kreves samtykke fra begge foreldrene, eventuelt fra barneverntjenesten.

Pasienter under 12 år må likevel ha en viss rett til å oppsøke helsetjenesten uten foreldrenes bistand. For det første må behandling som kunne vært iverksatt av andre enn legen, for eksempel bandasjering, kunne gjennomføres uten foreldrenes samtykke. For det andre må barn under 12 år i visse tilfeller kunne samtykke alene. Dersom en 10-åring på egenhånd oppsøker legevakten med en brukket finger, må legen kunne iverksette ordinær behandling på grunnlag av barnets samtykke dersom foreldrene ikke er å få tak i. Forutsetningen for behandling må være at det dreier seg om ordinær behandling, at foreldrene ikke kan nås, at barnet selv ber om behandlingen og at behandlingen fremstår som klart nødvendig.⁵⁰

Det er ingen formelle aldersgrenser for å oppsøke helsetjenesten eller helsepersonell for å få veiledning, råd og informasjon.⁵¹

⁴⁸ Syse (2009) s. 330.

⁴⁹ Elde (2010) s. 46.

⁵⁰ Eksempelet er hentet fra Aasen (2008) s. 13.

⁵¹ Helsedirektoratets rundskriv.

3 Mindreåriges rett til medbestemmelse

3.1 Begrepet medbestemmelse

Hverken pasientrettighetsloven eller barneloven gir noen definisjon av begrepet. Lovene benytter seg heller ikke av begrepet, men taler om en rett til å bli hørt og en rett til å delta i avgjørelser.

Etter alminnelig språklig forståelse kan medbestemmelse defineres som “å øve innflytelse på beslutninger”. Det dreier seg gjerne om beslutninger som angår en selv, eller som en har tilknytning til. Deltakelse og medvirkning er begreper som forbindes med medbestemmelse.

Regler om medbestemmelse gjelder gjerne på områder der det eksisterer en hierarkisk sosial og eller rettslig struktur som innebærer at noen bestemmer over andre, slik som mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, ledelse og underordnede, foreldre og barn m.m. I demokratiske samfunn gjelder det en alminnelig forutsetning om medbestemmelse, særlig i form av uttalerett og rett til å bli hørt, som regel er et gode og derfor bør gjelde de fleste relasjoner, også i de hierarkiske. Juridisk sett er den alminnelige forutsetning for medbestemmelse at den formelle bestemmelsesrett ligger hos noen andre, og at retten til medbestemmelse dermed handler om muligheten til å påvirke innholdet av avgjørelser som treffes av andre.⁵²

Medbestemmelsesretten er lovfestet blant annet på arbeidsrettens område. At ansattes medbestemmelsesrett er inntatt i Grunnloven § 110 annet ledd, illustrerer viktigheten av en slik rettighet.

Retten til medbestemmelse er etter barneloven en rett til å bli hørt, og en rett til at det et barn uttaler skal tas hensyn til og legges vekt på i en avgjørelse, jf. barneloven § 31 første ledd. Når det gjelder barn over 12 år er medbestemmelsesretten regulert konkret. Det sies uttrykkelig at det skal legges stor vekt på det barn over 12 år sier, jf. § 31 andre ledd andre punktum.

⁵² Avsnittet er i sin helhet hentet fra Aasen (2008) s. 18.

3.2 Hensyn bak retten til medbestemmelse

Retten til medbestemmelse er et grunnprinsipp i det demokratiske samfunn. For oss som lever i Norge i dag er det en selvfølge at vi skal ha rett til å delta i avgjørelser som får betydning for oss. Når det gjelder barn som pasienter, er det naturlig at de skal få delta i prosessen. Det er tross alt barnet som er pasienten og hovedpersonen i forbindelse med helsehjelpen som skal gis. Med andre ord kan man si at retten til medbestemmelse handler om å gjøre barn og unge til deltagere i egne liv.

Barns deltakelse må tas på alvor fordi medvirking og medbestemmelse kan ha mange positive virkninger. Medvirking og inkludering av den mindreårige pasienten er viktig for å kunne gjennomføre helsehjelpen på best mulig måte. Det kan det fremme tillitsforholdet til helsetjenesten, noe som er i samsvar med pasientrettighetslovens formål, se § 1-1 andre punktum og helsepersonellovens formål, se § 1. Videre kan det sies å være en del av det å vokse opp; en gradvis selvbestemmelse gjennom en rett til medbestemmelse gjør at barnet stadig blir mer modent og ansvarlig. Ved å legge til rette for at barn kan delta i avgjørelser som angår dem legger man til rette for at evnen til å styre sitt eget liv ved egne beslutninger utvikles. Dette er en viktig del av barneoppdragelsen. En rett til å si sin mening innebærer en rett til å bli behandlet som et selvstendig menneske med krav på respekt, ikke bare som en gjenstand som skal tolkes og forstås av eksperter.⁵³

Det er ikke alltid barnets innflytelse på resultatet som betyr noe, men dets inkludering i prosessen.⁵⁴

3.3 Generelle regler om barns rett til medbestemmelse

Barns rett til medbestemmelse i spørsmål om egen helse er uttrykkelig regulert i pasientrettighetsloven. Dette innebærer ikke at man kan se bort i fra de generelle og overordnede regler om barns rett til medbestemmelse. Det kan tenkes at retten til medbestemmelse gis et ulikt innhold etter de ulike lover, slik at pasientrettighetsloven må suppleres av barneloven og barnekonvensjonen når man skal fastlegge innholdet.

⁵³ Kjønstad (2008) s. 258.

⁵⁴ Stang (2007) s. 308.

3.3.1 Barneloven

Barneloven legger til grunn en glidende overgang fra foreldrenes bestemmelsesrett i personlige spørsmål på vegne av den mindreårige inntil retten til full selvbestemmelse oppnås. Rett til medbestemmelse i saker som gjelder barnets personlige forhold reguleres i barneloven § 31, som lyder:

“Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.”

Første ledd gjennomfører barnekonvensjonen artikkel 12 og gir den alminnelige regel om barnets medbestemmelsesrett. Første punktum pålegger en plikt til å innhente barnets mening, mens annet punktum sier at barnets syn skal tillegges vekt ved avgjørelsen.

Medbestemmelsesretten etter barneloven § 31 gjelder bare for barnets personlige forhold, jf. ordlyden. Økonomiske forhold er derfor ikke omfattet. Disse reguleres i vergemålsloven. Medbestemmelsesretten er en rett for barnet, og innebærer derfor ikke at barnet skal presses til å si sin mening. Uttaleretten skal ikke innebære mer enn at det ”tilrettelegges for at barnet kan gi uttrykk for sine synspunkter dersom barnet selv ønsker det”.⁵⁵ I forarbeidene understrekes det at ingen barn skal ha plikt til å uttale seg i en sak om foreldreansvar, fast bosted eller samværsrett.⁵⁶

⁵⁵ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 5.

⁵⁶ Innst. O. nr. 96 (2002-2003) s. 22 og Backer (2008) s. 293.

Bestemmelsens andre ledd gir en konkret anvisning på at barn som er fylt syv år, skal få si sin mening før det tas avgjørelser i personlige spørsmål. Det skal legges stor vekt på hva barn over 12 år har uttalt.

Barneloven § 31 andre ledd gjelder ikke bare i forhold til foreldre men overfor alle som har med barnet å gjøre, og som tar beslutninger om personlige forhold for barnet, for eksempel domstoler, helse- og sosialmyndigheter, helsepersonell m.m.⁵⁷

Det kan vanskelig hevdes at det foreligger en nedre aldersgrense for medbestemmelsesretten. Etter ordlyden gjelder medbestemmelsesretten ubetinget fra 7 års alderen, og i forarbeidene til barneloven omtales regelen som “en ubetinget rett”.⁵⁸

3.3.2 FNs konvensjon om barnets rettigheter

I barnekonvensjonen artikkel 12 heter det at barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter fritt skal få gi uttrykk for disse, og barnets synspunkter skal tillegges behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. En sentral side ved barnekonvensjonen artikkel 12 og et grunnsyn bak konvensjonen er å se på barn med selvstendige individer med egne rettigheter. Det benyttes ikke noen aldersgrense for medbestemmelsesretten, og den må derfor gjelde uansett barnets alder. I den generelle kommentaren om barns rett til å bli hørt understreker komiteen at artikkel 12 er uten aldersgrenser og fraråder statene å innføre aldersgrenser som kan fungere som barrierer for barns uttalerett.⁵⁹

Barnekomiteen uttaler:

“States parties shall assure the right to be heard to every child capable of forming his or her own views. This phrase should not be seen as a limitation, but rather as an obligation for States parties to assess the capacity of the child to form an autonomous opinion to the greatest extent possible.”⁶⁰

⁵⁷ Smith (2006) s. 118.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 61 og Backer (2008) s. 294.

⁵⁹ General Comment no. 12 (2009) avsnitt 21.

⁶⁰ General Comment no. 12 (2009) avsnitt 20.

Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven § 2 nr. 4 og er dessuten gitt forrang ved motstrid, jf. samme lovs § 3. Den gjennomslagskraft er derfor betydelig.

3.4 Barns rett til medbestemmelse i helserelaterte spørsmål

3.4.1 Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd

Barns rett til medbestemmelse i spørsmål om egen helse er mest aktuelt for pasienter under 16 år, da pasienter over 16 år som hovedregel samtykker selv. Retten til medbestemmelse er imidlertid viktig i de tilfellene der foreldre tar avgjørelser på vegne av barn mellom 16 og 18 år.

Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd lyder:

“Etter hvert som barnet utvikles og modnes, skal barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet, jf. annet ledd, høre hva barnet har å si før samtykke gis. Når barnet er fylt 12 år, skal det få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse. Det skal legges økende vekt på hva barnet mener ut fra alder og modenhet.”

Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd gjelder barnets rett til å si sin mening overfor dem som har formell samtykkekompetanse, normalt foreldrene. Bestemmelsen er egentlig overflødig da det samme følger av barnelovens regler. Den er likevel tatt med av informasjonshensyn og for at samtykkereglene skal presenteres mest mulig helhetlig og samlet.⁶¹

På samme måte som barnelovens regler om medbestemmelsesrett begrenses utøvelsen av foreldreansvaret.

3.4.2 Innholdet i medbestemmelsesretten

Retten til medbestemmelse er utformet som en rett til å bli hørt. Retten innebærer at det skal legges økende vekt på hva barnet mener ut fra alder og modenhet. Loven gir barnet

⁶¹ Helsedirektoratets rundskriv.

en rett, ikke en plikt til å uttale seg, noe som er viktig å formidle til barnet.⁶² Det fremgår av Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) at det ikke er en forutsetning for uttaleretten at barnet må ha en mening om utfallet av den aktuelle saken, men at det viktige er at barnet får uttale seg om forhold det selv ønsker. Uttalelsene gjelder ikke direkte medbestemmelsesretten i pasientrettighetsloven, men reelle hensyn taler for at de er aktuelle også her.

Barnets mening er gjerne ett av flere momenter som skal tas med i en helhetlig vurdering. Når det sies at barnets mening skal tillegges vekt, menes ikke nødvendigvis at det skal få avgjørende vekt. Her skiller pasientrettighetsloven seg fra barneloven, som sier at når barnet er tolv år, skal det legges *stor vekt* på hva barnet mener.

Involveringen i beslutningsprosessen må skje i barnevennlige omgivelser, og voksne som snakker med eller tar i mot barnas synspunkter må ha tilstrekkelig kompetanse.

3.4.3 Alderens betydning for retten til medbestemmelse

Som vi har sett blir det i pasientrettighetsloven operert med et skille mellom barn over og under 12 år, mens barneloven sier det er avgjørende om barnet har fylt 7 år. Etter barneloven er barn over 7 år gitt en ubetinget rett til å uttale seg. De ulike aldersgrenser i barneloven og pasientrettighetsloven gir grunnlag for spørsmål om det foreligger en tiltenkt forskjell fra lovgivers side.

Det kan hevdes at pasientrettighetslovens bestemmelser er å anse som spesialbestemmelser i forhold til barneloven, og dermed må gå foran etter lex specialis-prinsippet. På den annen side kan det hevdes at da barnelovens bestemmelser er nyere, må disse gå foran pasientrettighetsloven etter lex posterior-prinsippet.

Første setning i pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd gir grunnlag for å si at barnets utvikling og modenhet som er avgjørende for retten til medbestemmelse, ikke barnets alder. Ser man på andre setning, synes det som retten til å uttale seg ikke er ubetinget før barnet er fylt 12 år.

⁶² Innst. O. nr. 96 (2002-2003) s. 22 og Backer (2008) s. 293.

I forarbeidene til pasientrettighetsloven vises det til barneloven som grunnlag for at fylte 12 år må være avgjørende.⁶³ Pasientrettighetsloven ble vedtatt i 1999, og på dette tidspunktet opererte barneloven med en 12 års grense. I forbindelse med inkorporeringen av FNs konvensjon om barnets rettigheter i 2003, ble barneloven § 31 endret slik at fylte 7 år ble avgjørende. Bakgrunnen for endringene var barnekonvensjonen artikkel 12, og siktemålet var å synliggjøre bestemmelsen og sikre respekten for barns synspunkter.⁶⁴ Også tilsvarende bestemmelser i barnevernloven § 6-3, adopsjonsloven § 6 og forvaltningsloven § 17 ble endret. Pasientrettighetslovens bestemmelse om barns medbestemmelse ble imidlertid ikke endret tilsvarende.

Hensynet til harmoni mellom barneloven og pasientrettighetsloven taler for at også barn under 12 år gis en rett til å få si sin mening i spørsmål om egen helse.

FNs konvensjon om barnets rettigheter lar ikke noens bestemt aldersgrense være avgjørende; retten til å gi uttrykk for sine meninger gjelder for alle barn, uansett alder. Det kan anføres at barnekonvensjonens reguleringsmåte må være avgjørende på grunn av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3.

I juridisk teori har Aasen tatt til orde for at pasientrettighetsloven § 4-4 tredje ledd må tolkes i lys av endringene i barneloven § 31 andre ledd, slik at barn normalt skal involveres allerede fra 7 års alder,⁶⁵ mens Backer er skeptisk til en slik tilnærming.⁶⁶ Søvig tiltrer Aasen med hensyn til lovtolkningen, men legger større vekt på hensynet til harmoni i rettssystemet.⁶⁷ I den generelle kommentaren om barns rett til å bli hørt understreker som nevnt barnekomiteen at artikkel 12 er uten aldersgrenser og fraråder statene fra å innføre aldersgrenser som kan fungere som barrierer for barns uttalerett.⁶⁸

⁶³ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 84-85.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 20.

⁶⁵ Aasen (2008) s. 20-21.

⁶⁶ Backer (2008) s. 312.

⁶⁷ Søvig (2009) s. 55-56.

⁶⁸ General Comment no. 12 (2009) avsnitt 21.

Det må etter dette legges til grunn at også pasienter under 12 år, har en rett til medbestemmelse i spørsmål om egen helse. Barneloven og barnekonvensjonen får direkte anvendelse i spørsmål om barns helse. Det kan derfor ikke være avgjørende for uttaleretten om barnet er fylt 12 år, men om barnets utvikling og modenhet tilsier at det skal få uttale seg.

3.5 Rett til medvirkning og informasjon

Pasienter har rett til å medvirke ved gjennomføringen av helsehjelpen, jf. pasientrettighetsloven § 3-1 første ledd. Denne rettigheten tilkommer alle pasienter, også barn.

Retten til informasjon er sentral når medbestemmelsesretten diskuteres. Informasjon er en forutsetning for at barnet skal få et grunnlag å uttale seg på⁶⁹ og kanskje også en forutsetning for et *ønske* om å utøve en medbestemmelsesrett.

Mindreåriges rett til informasjon i forbindelse med helsehjelp følger av pasientrettighetsloven kapittel 3. I de tilfeller der pasienten er under 16 år skal både pasientene og foreldrene informeres, jf. § 3-4 første ledd. Hva angår rett til informasjon er den mindreårige pasienten likestilt med den som kan samtykke på hans eller hennes vegne. Når det gjelder innholdet i informasjonen som skal gis reguleres dette av § 3-2. Pasienten skal ha den informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Videre skal pasienten informeres om mulige risikoer og bivirkninger.

Bestemmelsen om at pasienter under 16 år skal informeres på lik linje med myndige pasienter kan sies å anerkjenne mindreåriges rett til deltakelse og medvirkning i forbindelse med helsehjelp.

Pasientrettighetsloven § 3-5 gir anvisning på at informasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring, og kultur- og språkbakgrunn. Det sies videre at informasjonen skal gis på en hensynsfull måte.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63.

Bestemmelsen gjelder for alle personer, men barn og ungdom vil være en av gruppene som har særlig behov for tilpasset informasjon.

4 Medbestemmelsesretten og foreldreansvaret

Mindreårige er umyndige og uten rettslig handleevne. Formelt ligger derfor avgjørelsesmyndigheten, som hovedregel, hos et barns foreldre frem til det fyller 18 år. Vi har sett at barn er gitt en rett til medbestemmelse. Denne rettigheten utgjør sammen med prinsippet “barnets beste” en begrensning av foreldrenes rett til å bestemme på vegne av barnet.

Jeg vil i denne delen gå nærmere inn på foreldreansvaret og se på dets sammenheng med mindreåriges medbestemmelsesrett. Reglene om foreldreansvaret plasserer reglene om rett til medbestemmelse i et større perspektiv. En rett til medbestemmelse er viktig nettopp fordi avgjørelsesmyndigheten ligger hos noen andre.

4.1 Foreldreansvaret

Begrepet foreldreansvar er et av rettsbegrepene som benyttes for å beskrive forholdet mellom foreldre og barn. Eldre lovgivning talte om “foreldremyndighet” eller “foreldremakt”, men terminologien ble endret dels på grunn av et ønske om å understreke foreldres plikter overfor barn, dels på grunn av et ønske om å komme bort fra ord som myndighet og makt.⁷⁰

Innholdet i foreldreansvaret er regulert i barneloven § 30. Første ledd av bestemmelsen lyder:

“Barnet har krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret. Dei har rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve innanfor dei grensene som §§ 31 til 33 set. Foreldreansvaret skal utøvast ut frå barnet sine interesser og behov.”

⁷⁰ NOU 1977:35 s. 46.

Foreldreansvaret inneholder to hovedelementer – en omsorgsplikt og en bestemmelsesplikt- og rett.

Omsorgsplikten innebærer at barna har krav på kjærighet, trygghet, varme og nødvendig stell og pleie fra foreldrene. Til omsorgen hører også den viktige oppgaven å stimulere barnet i dets utvikling. Oppdragelse og forsørgelse er også viktige deler av omsorgsplikten. Det hører videre under omsorgen å sørge for at barnet får nødvendig helsehjelp eller medisinsk behandling, og som vi har sett er det foreldrene som avgir samtykke når barnet er under 16 år.

Retten og plikten til å ta avgjørelser på vegne av barnet gjelder i personlige spørsmål. At foreldre har en plikt til å bestemme innebærer blant annet en plikt til å ta avgjørelser i de tilfeller barnet ikke selv ønsker det.⁷¹ Foreldrenes bestemmelsesrett begrenses av offentligrettslige regler, som for eksempel plikten til grunnskoleopplæring etter opplæringslova § 2-1, og barnets rett til medbestemmelsesrett. Videre utgjør hensynet til barnets beste en begrensning.

Begrepet foreldreansvar må skilles fra det å ha den daglige omsorgen for barnet. Barneverntjenesten kan frata omsorgen, men foreldreansvaret vil ikke automatisk falle bort i et slikt tilfelle.

Dersom barnets foreldre er gift, har de foreldreansvaret sammen, jf. barneloven § 34. Felles foreldreansvar innebærer som utgangspunkt at alle de beføyelser som foreldreansvaret gis, skal utøves i fellesskap, med reservasjon for de beføyelser som bostedsforelderen har, jf. § 37.

Når foreldrene ikke er gift har moren foreldreansvaret alene. Dette gjelder også for felles barn i et ugift samboerforhold. Foreldrene kan imidlertid gi melding til folkeregisteret om at de skal ha foreldreansvaret sammen, eller at faren skal ha foreldreansvaret alene, jf. barneloven § 35.

⁷¹ Smith (2006) s. 108.

Hvis foreldrene går fra hverandre, kan de avtale at den barnet bor hos, skal ha foreldreansvaret alene, eller at de skal ha foreldreansvaret sammen, jf. § 34.

4.2 Hensynet til barnets beste

Foreldreansvaret skal utøves for å ivareta den mindreåriges – og ikke foreldrenes – interesser. Hensynet til barnets beste er et grunnleggende prinsipp i barneretten, og er nedfelt i barneloven § 48 hva angår saker om foreldreansvar, saker om hvor barnet skal bo fast og saker om samvær.

Prinsippet fokuserer på barnets beste både som overordnet norm, som prinsipp ved både saksbehandlingen og den materielle vurderingen. Hva som er ”best for barnet”, må vurderes i forhold til det enkelte barn som det er tale om, og dette barnets bakgrunn og forutsetninger. Hva som til vanlig anses best for barn i den aktuelle situasjonen, er altså ikke avgjørende, men et utgangspunkt for vurderingen i forhold til det aktuelle barnet. Bestemmelsen i barneloven § 48 gjelder for alle som arbeider med eller har oppdrag i forbindelse med en barnefordelingssak, det vil si både dommere, advokater, sakkyndige og meklere.

Hva som er «barnets beste» er ikke noe entydig gitt. Det er et relativt begrep og oppfatningen av hva som er best for barnet endres over tid og det er avhengig av verdioppfatninger i kultur eller samfunn. Hva som er best for barn, er i bunn og grunn verdispørsmål av allmennmenneskelig karakter. Prinsippet sier likevel noe om i hvilken retning tankene skal gå ved handlinger som berører barn. Et grunnleggende element må være respekt for barnets fulle menneskeverd og integritet.⁷²

Prinsippet om barnets beste tilsier at der barnets behov for omsorg og beskyttelse i praksis ikke er forenlig med foreldrenes interesser, må barnets interesser og behov gå foran.⁷³

⁷² Haugli (2008) s. 47.

⁷³ NOU 2000:12 s. 71.

Barnets beste som en overordnet grunnverdi er i samsvar med FNs konvensjon om barnets rettigheter, se artikkel 3 nr. 1, som lyder:

”Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

Barnets beste er et av barnekonvensjonens mest sentrale begreper. Det fastslås at hensynet til barnets beste skal komme i første rekke og være et grunnleggende hensyn ved alle tiltak som gjelder barn. Prinsippets nærmere innhold varierer avhengig av hvilken kontekst man befinner seg innenfor, og det varierer over tid.

Dersom omsorgspersoner handler på tvers av barnets interesser, kan myndighetene gripe inn med omsorgsovertakelse og andre tiltak etter barnevernloven.

4.3 Hvor går grensen for hva foreldre kan samtykke til på vegne av barn?

Foreldreansvaret innebærer at foreldre har en rett til å ta avgjørelser på vegne av sine barn, mens reglene om medbestemmelse gir barn en rett til å delta i avgjørelser som angår dem. Det kan synes som om disse rettighetene står noe i strid med hverandre. Jeg vil ikke drøfte forholdet mellom selvbestemmelsesretten og foreldreansvaret. Særsilt regulerte myndighetsaldre fremstår som en klarere innskrenkning av foreldreansvaret, og er derfor ikke like interessant.

Medbestemmelsesretten må sees som en begrensning av foreldreansvaret, jf. barneloven § 30 første ledd som sier at foreldre har rett til å ta avgjørelser for barnet i personlige spørsmål ”innanfor dei grensene som §§ 31 til 33 set”.

Det er klart at medbestemmelsesretten fungerer som en skranke for foreldrenes bestemmelsesmyndighet. Men hvor stor skranke retten til medbestemmelse utgjør er det vanskelig å gi et klart svar på. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Så lenge den mindreårige pasienten og den eller de som samtykker på vegne av denne er enige om det skal samtykkes til gjennomføring av helsehjelp, oppstår ikke

vanskeligheter. Det er først i tilfeller hvor pasienten er under 16 år, og barnet og foreldrene er uenige, at retten til medbestemmelse kommer særlig på spissen. Jeg vil i det følgende se på tre situasjoner; først vil jeg ta for meg det tilfelle at barnet ønsker eller trenger helsehjelp, men foreldrene nekter. Videre vil jeg se på situasjonen der foreldrene samtykker til helsehjelp, men barnet nekter. Til slutt vil jeg drøfte situasjon at helsehjelp strengt tatt ikke er nødvendig.

Når det gjelder de tilfeller at barnet trenger helsehjelp, men foreldrene ikke samtykker eller bidrar til dette kan det stilles spørsmål om helsepersonell har en plikt til å gripe inn. Dette vil drøftes under punkt 5.2.3.

4.3.1 Barnet ønsker/trenger helsehjelp, men foreldrene nekter eller unnlater å bidra til nødvendig undersøkelse og behandling

Som tidligere nevnt kreves det som hovedregel samtykke fra begge foreldrene for at helsehjelp kan gjennomføres. Foreligger ikke slikt samtykke må det foreligge en særskilt lov hjemmel for inngrep. I andre tilfelle foreligger det ikke gyldig rettsgrunnlag for å gjennomføre helsehjelp.

I det følgende er situasjonen at begge eller den ene av foreldrene ikke samtykker, noe som medfører at det som utgangspunkt ikke kan gjennomføres helsehjelp. Jeg vil gjøre rede for de særskilte lovbestemmelser som hjemler inngrep i en slik situasjon.

Vi har sett at det gjøres det unntak fra kravet om samtykke i situasjoner der helsehjelp er påtrengende nødvendig, se helsepersonelloven § 7 første ledd. Barnet har krav på øyeblikkelig hjelp etter pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd uavhengig av foreldrenes samtykke. Helsepersonelloven § 7 hjemler inngrep og behandling for helsepersonell.

Videre finnes det regler som innebærer at det i noen tilfeller er tilstrekkelig med samtykke fra kun en av foreldrene. Dette er regulert i pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd, som lyder:

”Det er tilstrekkelig at én av foreldrene eller andre med foreldreansvaret samtykker til helsehjelp som

- a) regnes som ledd i den daglige og ordinære omsorgen for barnet, jf. barnelova §§ 37 og 42 andre ledd, eller
- b) kvalifisert helsepersonell mener det er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade. Før helsehjelp som nevnt i bokstav b gis skal begge foreldrene eller andre med foreldreansvaret, så langt råd er, få si sin mening. Beslutning om helsehjelp som nevnt i bokstav b kan påklages til Helsetilsynet i fylket etter kapittel 7. Helsetilsynet i fylket kan vedta at helsehjelpen skal avsluttes inntil det er fattet vedtak på grunnlag av klage fra den andre forelderen eller andre med foreldreansvaret.”

Det har vært et rettssikkerhetsproblem fra barnets ståsted at det ikke har fått nødvendig helsehjelp på grunn av manglende rettsgrunnlag.⁷⁴ Dette har særlig vært problematisk når det har vært motsetninger mellom barnets behov og foreldrenes interesser, som ved familiekonflikter, vold eller mistanke om overgrep. Bestemmelsen i § 4-4 andre ledd ble inntatt i pasientrettighetsloven, med virkning fra 1. mai 2010 for å sikre barn og unge helsehjelp i slike situasjoner.⁷⁵

Bokstav a gir samtykkekompetanse til én av foreldrene for visse typer helsehjelp som regnes som ledd i den daglige og ordinære omsorgen for barnet. Dette er en lovfesting av gjeldende fortolkning av barneloven og pasientrettighetsloven. Som eksempler nevnes i forarbeidene behandling av øreverk, halsbetennelse, influensa, skrubbsår og så videre.⁷⁶

Bokstav b vil føre til et unntak fra hovedregelen i første ledd og hovedregelen i barneloven § 30 om at større avgjørelser i barnets liv må tas av foreldrene i fellesskap når de har felles foreldreansvar. Bestemmelsen omhandler situasjoner der foreldrene er uenige i om barnet skal ha helsehjelp eller ikke. Dette kan blant annet være aktuelt i forbindelse med familiekonflikter, vold, overgrep og lignende. Bestemmelsen omhandler også situasjoner hvor det ikke er mulig å få avklart begge foreldrenes synspunkt i forhold til ytelse av helsehjelp eller ikke. Bestemmelsen vil gjelde både ved somatiske og

⁷⁴ Elde (2010) s. 47.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 61.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 73.

psykiske lidelser.⁷⁷ Dersom «kvalifisert helsepersonell» mener barnet kan ta skade av ikke å få helsehjelp, vil det i henhold til bestemmelsen være tilstrekkelig at én av foreldrene med foreldreansvar samtykker, se bokstav b. Det vil som oftest være den legen, psykologen eller tannlegen som er ansvarlig for helsehjelpen som vil foreta den helsefaglige vurderingen. Det må foretas en faglig vurdering av blant annet forholdets alvorlighet, tidsaspektet, konsekvenser av å utsette helsehjelpen og eventuell risiko ved å yte helsehjelpen. Den aktuelle forelderens innsigelser og begrunnelser for disse vil også være en del av vurderingen.⁷⁸

Det framgår av andre ledd tredje punktum at den av foreldrene som er uenig i helsepersonellens avgjørelse, kan anmode om å få oppfylt sin rett til å samtykke eller klage avgjørelsen inn for Helsetilsynet i fylket etter reglene i pasientrettighetsloven kapittel 7.⁷⁹

Selv om bare én av foreldrene samtykker til helsehjelpen, gjelder fortsatt de alminnelige reglene om foreldrenes rett til informasjon og medvirkning ved ytelse av helsehjelp til barn. At begge foreldre skal gis informasjon selv om bare en av dem samtykker, er et naturlig utgangspunkt. Det kan likevel tenkes at det bør kunne gjøres unntak. Begrunnelsene for at samtykke fra en av foreldrene var tilstrekkelig – familiekonflikter, vold og mistanke om overgrep – kan nødvendiggjøre at den andre forelder holdes utenfor.⁸⁰

Når foreldre med et sykt barn unnlater å sørge for nødvendig behandling, kan fylkesnemnda etter forslag fra barneverntjenesten utøve foreldreansvaret. Etter barnevernloven § 4-10 kan fylkesnemnda vedta at et barn skal undersøkes eller bringes til sykehus, og eventuelt at behandling skal iverksettes etter leges anvisning. Slikt vedtak medfører ikke at foreldrene fratas omsorgen for barnet for øvrig. Foreldrenes nektelse av

⁷⁷ Ot. prp. nr.104 (2008-2009) s. 73.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 73-74.

⁷⁹ Syse (2009) s. 249.

⁸⁰ Elde (2010) s. 48.

undersøkelse eller behandling må representere en *fare* for barnets helse før barnevernet kan gripe inn.⁸¹

Barnevernloven § 4-11 gir hjemmel for vedtak om behandling av barn som har særlig behandlings- eller opplæringsbehov. Bestemmelsen vil av plasshensyn ikke drøftes.

Videre kan manglende helsehjelp til barnet gi grunnlag for å frata foreldrene omsorgen for barnet. Adgangen til å fatte vedtak om å overta omsorgen for et barn er hjemlet i barnevernloven § 4-12. Ved manglende helsehjelp som grunnlag vil første ledd bokstav a og b være mest aktuelle. De nærmere vilkår for omsorgsovertakelse vil ikke bli behandlet.

Etter pasientrettighetsloven § 4-9 har pasienter rett til å nekte helsehjelp i særlige situasjoner. Pasienten har på grunn av alvorlig overbevisning rett til å nekte å motta blod eller blodprodukter eller til å nekte å avbryte en pågående sultestreik. Videre har en døende pasient rett til å motsette seg livsforlengende behandling.

Bestemmelsen gir imidlertid ikke en mindreårig pasients foreldre en rett til å nekte blodtransfusjoner til barn på grunn av sin alvorlige overbevisning.⁸² Helsepersonelloven § 7 vil gi tilstrekkelig inngrepshjemmel, og inngrepsplikt når helsehjelpen er påtrengende nødvendig. Heller ikke endrer bestemmelsen rettstilstanden når det gjelder foreldres mulighet til å avslutte nødvendig helsehjelp til sine barn.⁸³

I andre tilfeller enn de nevnte blir vi stående igjen med hovedregelen om at det kreves samtykke fra begge foreldre som grunnlag for å yte helsehjelp. Det er da tale om tilfeller hvor helsehjelpen ikke er “påtrengende nødvendig”, men den kan være både nødvendig og hensiktsmessig. Det er i forarbeidene presisert at dersom det er uenighet mellom barnet og foreldrene, skal i utgangspunktet foreldrenes syn legges til grunn.⁸⁴

⁸¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-92) s. 39.

⁸² Syse (2009) s. 341.

⁸³ Syse (2009) s. 341.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 134.

4.3.2 Foreldrene samtykker til helsehjelp, men barnet nekter

Hvilken rettsvirkning har foreldrenes samtykke i de tilfeller barnet motsetter seg behandlingen? Kan man da gjennomføre behandlingen ved bruk av tvang? Og ikke minst; bør man gjennomføre behandlingen ved bruk av tvang?

I de tilfeller der pasienten er mellom 16 og 18 år og mangler samtykkekompetanse, er spørsmålet om bruk av tvang regulert særskilt. Det fremgår av pasientrettighetsloven § 4-5 tredje ledd at helsehjelp ikke kan gis dersom pasienten motsetter seg dette. Foreldrene kan ifølge første ledd gyldig samtykke til tiltaket, men dersom ungdommen motsetter seg dette ved iverksettelsen, kan det ikke gjennomføres på bakgrunn av foreldrenes samtykke. Unntak fra denne bestemmelsen kan tenkes, for eksempel etter pasientrettighetsloven kapittel 4A. Kapitlet gir hjemmel til å gjennomføre helsehjelp til personer uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Vilåårene er strenge.⁸⁵

Også i psykisk helsevernlovgivningen er situasjonen der barnet nekter regulert. Ved undersøkelse eller behandling med opphold i institusjon for barn som har fylt 12 år og ikke selv er enig i tiltaket, skal spørsmålet om etablering av psykisk helsevern bringes inn for kontrollkommisjonen, jf. psykisk helsevernloven § 2-1 annet ledd. Foreldrenes samtykke gir i disse tilfeller ikke grunnlag for bruk av tvang.

Dreier det seg om somatisk helsehjelp til pasient under 16 år, og denne motsetter seg behandlingen, er spørsmålet om bruk av tvang ikke regulert. Det finnes ingen bestemmelse i pasientrettighetsloven som sier at i tilfeller der barnet nekter å gjennomføre behandlingen, må dette respekteres. Heller gis det ikke hjemmel for bruk av tvang. Dette må anses som en svakhet ved pasientrettighetsloven⁸⁶, og barnets rettssikkerhet er svekket på dette punkt. Som utgangspunkt kan man si at samtykke fra begge foreldre utgjør gyldig rettsgrunnlag for gjennomføring av behandling. Det er derimot tvilsomt om deres samtykke kan gi grunnlag for bruk av tvang.

⁸⁵ Se pasientrettighetsloven § 4A-3.

⁸⁶ Aasen (2000) s. 22.

Det må anses som svært inngripende å gjennomføre medisinsk behandling ved tvang, også når det dreier seg om barn. Det kan imidlertid være nødvendig å skille mellom de tilfeller der barnets motstand utelukkende skyldes redsel, for eksempel et lite barn som skriker og vrir seg bort i det han ser legen finner frem en sprøyte og de tilfeller der den mindreårige har en moden og overveiet begrunnelse for hvorfor han ikke ønsker behandlingen. Det må anses å ha større betenkeligheter å gjennomføre helsehjelpen ved bruk av tvang i sistnevnte tilfelle.

Når det gjelder løsningen av spørsmålet om bruk av tvang kan man tenke seg en antitetisk tolkning av pasientrettighetsloven § 4-5 tredje ledd; da ikke tilsvarende bestemmelse er gitt for pasienter under 16 år, kan ikke det samme gjelde.⁸⁷ Med andre ord kan helsehjelp gjennomføres med tvang dersom begge foreldrene har avgitt samtykke. På den annen side kan man tenke seg en analogisk anvendelse av bestemmelsen i § 4-5 tredje ledd; at samme regel må gjelde for pasienter under 16 år.⁸⁸ En tredje løsning er at spørsmålet om bruk av tvang må vurderes konkret i hver enkelt sak. En slik løsning innebærer at tvang kan benyttes i noen av tilfellene.

Forsvarlighetskravet og hensynet til barnets beste innebærer at helsepersonell må foreta en selvstendig vurdering av om tvang mot barnet er berettiget og forsvarlig. Videre kan sammenhengen med psykisk helsevernloven § 2-1 andre ledd tale for at helsehjelp ikke kan gjennomføres ved tvang dersom pasienten er fylt 12 år. Aasen legger til grunn at utgangspunktet, også i forhold til barn under 16 år, må være at rett til å samtykke på vegne av barnet ikke er ensbetydende med at barnet kan tvinges.⁸⁹ Reelle hensyn taler også for en slik løsning.

Jeg finner etter dette at bruk av tvang overfor barn må vurderes skjønnsmessig i hvert enkelt tilfelle. I vurderingen av om tvang skal brukes må flere momenter få betydning.⁹⁰

⁸⁷ Aasen (2008) s. 22.

⁸⁸ Aasen (2008) s. 22.

⁸⁹ Aasen (2008) s. 23-24.

⁹⁰ Momentene er hentet fra Aasen (2008) s. 23-24.

For det første må det klarlegges hvor sterk barnets motstand er og hva den er begrunnet i. I denne relasjon har det stor betydning hvor gammelt og modent barnet er. Som tidligere nevnt må det skilles mellom frykt og overveid motstand hos den mindreårige. Den mindreårige må gis stadig større selvbestemmelsesrett, jf. prinsippet i barneloven § 33.

For det andre må faren for barnets liv og helse vurderes. Et av pasientrettighetslovens formål er å ivareta respekten for den enkelte pasients liv, se § 1-1 andre punktum. Dette må innebære at pasientens liv og helse er et overordnet hensyn når rettmessigheten av bruk av tvang skal vurderes. Vil utsettelse av helsehjelpen innebære at barnet får alvorlige og varige skader, kan dette tale for å gjennomføre helsehjelpen med tvang, i stedet for å utsette barnet for risiko ved ikke å gjøre noe. I de tilfeller hvor det er akutt fare for den mindreåriges liv, vil helsepersonelloven § 7 gi tilstrekkelig inngrepshjemmel og inngrepsplikt.

For det tredje må man ved vurderingen av om behandlingen skal iverksettes se inngrepet i sammenheng med graden av tvang. Det er et alminnelig prinsipp at kravet til hjemmelsgrunnlag er strengere jo alvorligere inngrep det er tale om. Er det tale om forholdsvis ubetydelig behandlinger, vil det vanskelig godtas at det benyttes omfattende tvang for å gjennomføre behandlingen. Og motsatt; er det tale om å hindre at barnet får alvorlige og varige skader, vil man nok godta fysisk tvang. Det har også betydning hvilke midler som må tas i bruk for å gjennomføre beslutningen. Er det tilstrekkelig med overtalelse, og bøyer barnet seg om enn under protest? Eller må fysisk tvang til? Jo mer makt som benyttes jo mer nødvendig må behandlingen være for å anse den som rettmessig overfor barnet.

Det må kreves større modenhetsgrad dersom barnets vilje ikke bare strider mot foreldrenes ønske, men også mot legens klare anbefaling.⁹¹

Begrunnelsen for foreldreansvaret vil være av stor betydning når det skal tas stilling til spørsmålet om tvang. Som tidligere nevnt er foreldreansvaret begrunnet i barnas manglende evne til å ta viktig avgjørelser. I de tilfeller der et barn selv er i stand til å

⁹¹ Aasen (2000) s. 563.

ivareta egne interesser, viser innsikt og forståelse for den helsehjelp der dreier seg om, faller begrunnelser for foreldrenes avgjørelsesmyndighet bort og barnets ønske bør respekteres av foreldre og helsepersonell.

Da det dreier seg om en skjønnsmessig og konkret vurdering, kan spørsmålet om bruk av tvang måtte besvares ulikt ut i de ulike tilfeller.

Rynning framhever at barnet må ha større rett til å motsette seg behandling enn til å samtykke.⁹² Aasen støtter seg til synspunktet og skriver:

”Hensynet til barnets integritet gjør seg sterkere gjeldende i situasjoner der det er tale om å iverksette et inngrep mot et barns vilje, sammenliknet med situasjonen der barnets ønsker behandling og foreldrene ikke. Behandlingen får preg av å representere en integritetskrenkelse dersom foreldrene og legen ikke tar hensyn til barnets vilje, eventuelt også utøver tvang, med hensyn til behandling som barnets selv etter en fornuftig vurdering ikke ser seg tjent med.”⁹³

Også Smith og Lødrup er enige i at et barn må ha større rett til å motsette seg behandling enn å samtykke.⁹⁴ Jeg støtter meg til synspunktet, og legger avgjørende vekt på hensynet til barnets integritet.

4.3.3 Om helsehjelp som strengt tatt ikke er nødvendig

Jeg vil her forsøke å trekke frem noen praktiske eksempler for å vurdere hvor langt det er rimelig at foreldre tar avgjørelser for sine barn. Kan vi godta at foreldre samtykker til medisinsk behandling til barnet når denne behandlingen strengt tatt ikke er nødvendig?

Forarbeidene til helseforskningsloven tar opp temaet “Forskning på personer uten samtykkekompetanse”.⁹⁵ For medisinsk behandling og forskning er det den klare hovedregel at dette skal baseres på et fritt og informert samtykke. I forarbeidene blir det

⁹² Rynning (1994) s. 287.

⁹³ Aasen (2000) s. 563-564.

⁹⁴ Smith (2006) s. 123.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 74 (2006-2007) pkt. 12.6.

redegjort for at det finnes få bestemmelser som regulerer medisinsk og helsefaglig forskning på personer med manglende eller redusert samtykkekompetanse, noe som har medført at det i liten grad har blitt forsket på disse gruppene. Den generelle holdning har vært at det bør utvises stor varsomhet med å tillate slik forskning. Dette har igjen medført dårlig kunnskap og svekkede behandlingsmuligheter for lidelser som opptrer hos disse pasientgruppene.⁹⁶

Senter for sykelig overvekt i Helse Sør-Øst, Tønsberg har startet opp et prosjekt som de kaller “4XL-studien”. Hovedhensikten med 4XL-studien er å avklare om kirurgisk behandling gir større helsegevinst enn standard konservativ behandling hos ungdom mellom 13 og 18 år som er sykelig overvektige.⁹⁷

Et slikt prosjekt kan illustrere hvordan to hensyn står mot hverandre. På den ene siden har vi ønsket om å lære mer og få økt kunnskap hos et stadig økende problem; sykelig overvekt hos unge. På den annen side har vi hensynet til den enkelte ungdom; vet man i en alder av 13 år til hva man begir seg ut på når man samtykker til å delta i et slikt prosjekt? Og er det rimelig at ungdommens foreldre kan samtykke til at ungdommen gjennomgår en slik operasjon, som er et alvorlig inngrep og som kan få store følger i etterkant av operasjonen?

Det synes som hverken forskningsprosjektet eller Regional forskningsetisk Komité (REK) har problematisert barnas og/eller foreldrenes samtykkekompetanse. Det kan være interessant å reise spørsmålet om hvor samtykkekompetansen bør ligge i et slikt tilfelle.

Vi har tidligere sett at forarbeidene til pasientrettighetsloven gir anvisning på at det kan tenkes at en person må være fylt 18 år for å kunne samtykke til forskning.⁹⁸ Har dette den betydning at det ikke kan forskes på personer under 18 år, eller betyr det at det er foreldrene som har avgjørelsesmyndigheten i et slikt spørsmål frem til barnet fyller 18 år?

⁹⁶ Ot.prp. nr. 74 (2006-2007) s. 87.

⁹⁷ www.siv.no.

⁹⁸ Se avhandlingens punkt 2.5.1.2.

Videre kan det tenkes en mellomløsning som går ut på at det kreves samtykke både fra ungdommen og fra dennes foreldre når ungdommen er under 18 år. Det kan også tenkes at svaret er avhengig av hva slags forskningsprosjekt det dreier seg om.

Helseforskningsloven åpner for at det kan gjennomføres forskning på personer uten samtykkekompetanse. Samtykkekompetansen er regulert i § 17 første ledd. Mindreårige har samtykkekompetanse etter fylte 16 år, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser eller tiltakets art. Innebærer forskningen legemsinngrep eller legemiddelutprøving, må foreldrene eller andre med foreldreansvaret samtykke sammen med den mindreårige, når denne er mellom 16 og 18 år. For samtykke til forskning som inkluderer deltakere under 16 år, gjelder samtykkebestemmelsene i pasientrettighetsloven § 4-4 tilsvarende.

I helseforskningsloven § 18 oppstilles det nærmere vilkår for å gjennomføre forskning på mindreårige og personer uten samtykkekompetanse. Bestemmelsens første og annet ledd lyder:

“Forskning som inkluderer mindreårige og personer uten samtykkekompetanse etter pasientrettighetsloven § 4-3 kan bare finne sted dersom

- a) eventuell risiko eller ulempe for personen er ubetydelig,
- b) personen selv ikke motsetter seg det, og
- c) det er grunn til å anta at resultatene av forskningen kan være til nytte for den aktuelle personen eller for andre personer med samme aldersspesifikke lidelse, sykdom, skade eller tilstand.

For mindreårige kreves det at tilsvarende forskning ikke kan gjennomføres på personer som ikke er mindreårige.“

Vi ser at det er strenge vilkår for å drive med forskning på barn. Etter bokstav a er det et krav om at eventuell risiko eller ulempe for personen må være ubetydelig. Ser vi kravet opp mot 4XL-studien må det konkluderes med at fedmekirurgi innebærer mer enn ubetydelig risiko og ulempe for forskningsdeltakeren. Dette taler mot å utføre fedmeoperasjoner på barn, og kan til og med ha den virkning at slik forskning ikke er

etablert på gyldig rettsgrunnlag. Samtykke fra barnets foreldre verken kan eller bør erstatte vilkårene som er oppstilt i helseforskningsloven § 18.

På bakgrunn av de alvorlige konsekvensene fedmekirurgi kan medføre, vil det være betenkeligheter med å gjennomføre fedmeoperasjoner på pasienter under 18 år. Et viktig argument for utsettelse av en slik behandling kan være nødvendigheten av inngrepet. Det kan ikke være tvil om at det kan tenkes andre, og mindre inngripende, behandlingsmåter enn operasjon. Vil det på den bakgrunn være naturlig å innta det standpunkt at fedmeoperasjoner ikke bør utføres på barn, men er noe pasienten må ta stilling til når denne passerer den alminnelige myndighetsalderen og kanskje er mer forberedt på det ansvaret og de forpliktelser som ligger i en slik operasjon?

Reelle hensyn taler for at foreldre ikke bør kunne samtykke til at barn går gjennom eksperimentell behandling, som forskning. 4XL-studien illustrer en type forskning på barn som gjerne foregår utenfor de rammer pasientrettighetsloven legger opp til. Særlig at det dreier seg om betydelig inngrep og store forpliktelser taler for at slike inngrep bør utstå til en pasient er fylt 18 år. Det hører med til historien at prosjektet nå er avsluttet.

Jeg finner etter dette at foreldre ikke kan avgi gyldig samtykke til helsehjelp til sine barn når helsehjelpen ikke er nødvendig. Dette må særlig gjelde i de tilfeller hvor barnet motsetter seg inngrepet.

4.3.4 Barns rettsikkerhet – en sammenlikning med reglene om samtykke til psykisk helsevern

Psykisk helsevern ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i pasientrettighetsloven, jf. psykisk helsevernloven § 2-1 første ledd. Samtykkereglene i pasientrettighetsloven er avgjørende; det innebærer at pasienter som er fylt 16 år selv avgir samtykke, mens foreldre avgir samtykke på vegne av pasienter under 16 år. Som jeg tidligere har vært inne på har psykisk helsevernloven en bestemt fremgangsmåte i de tilfeller der foreldre samtykker til etablering av psykisk helsevern, og barnet motsetter seg dette. Psykisk helsevernloven § 2-1 andre ledd lyder:

“Ved undersøkelse eller behandling med opphold i institusjon for barn som har fylt 12 år og ikke selv er enig i tiltaket, skal spørsmålet om etablering av psykisk helsevern bringes inn for kontrollkommisjonen.”

Forarbeidene viser at det ble vurdert om det skulle kreves “dobbelt samtykke”, at både pasienten og foreldrene måtte samtykke, når pasienten var mellom 12 og 16 år. På bakgrunn av nødvendigheten av å underbygge foreldrenes ansvar og autoritet gikk man imidlertid bort fra den reguleringsmåten.⁹⁹ Prøvingsretten etter psykisk helsevernloven § 2-1 andre gjelder kun ved innleggelse i institusjon, og gjelder ikke de situasjonene hvor barnet vegrer seg mot poliklinisk behandling.

En fremgangsmåte som § 2-1 andre ledd gir anvisning på må anses som en styrking av den mindreårige pasientens rettsikkerhet. Videre kan fremgangsmåten skape en større bevissthet rundt det å behandle et barn på grunnlag av hans eller hennes foreldres samtykke. Endelig viser eksistensen av bestemmelsen en respekt for den mindreåriges mening.

Man kan spørre om det kunne tenkes en liknende fremgangsmåte i tilfeller hvor det er tale om å gjennomføre somatisk helsehjelp på mindreårige på grunnlag av foreldresamtykke.

Selv om bestemmelsen i psykisk helsevernloven må sees som en styrking av rettssikkerheten har den også sine ulemper og mangler. For det første regulerer den ikke bruken av tvang overfor mindreårige pasienter. Den sier bare at foreldresamtykke uten videre ikke er tilstrekkelig for å etablere psykisk helsevern. Videre kan en slik fremgangsmåte være tungvinn og tidkrevende, og kan i verste fall føre til at helsehjelpen ikke blir gitt i tide. En ytterligere ulempe er at etablering av psykisk helsevern på grunnlag av foreldresamtykke og godkjennelse fra kontrollkommisjonen formelt sett går under reglene om frivillig etablering og behandling. I realiteten dreier det seg jo om tvangsinnleggelse av en pasient.¹⁰⁰

⁹⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 59-61.

¹⁰⁰ Elde (2010) s. 51.

Reguleringsmåten i psykisk helsevernloven må på tross av ulempene innebære en større rettssikkerhetsmessig garanti enn etter pasientrettighetsloven, som ikke overhodet sier noe om fremgangsmåten i de tilfeller hvor den mindreårige pasienten motsetter seg behandlingen.

5 Hvordan sikre barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i spørsmål om egen helse

Jeg vil i denne delen av oppgaven se på hvordan barns rett til medbestemmelse og selvbestemmelse i spørsmål om egen helse gjennomføres. Hvordan rettigheten sikres og ivaretas er viktig for om det er tale om en reell rettighet. Her kan det gjerne være naturlig reise spørsmålet om det å vedta en lov er en egnet måte å gi rettigheter på. Spesielt når det gjelder barn må det være naturlig å innta det standpunkt at det kreves noe mer enn å ”vedta rettigheten på papiret”. Det generelle spørsmål om hva som er en egnet måte å gi rettigheter på vil ikke bli drøftet nærmere i oppgaven. Jeg vil i stedet fokusere på hvordan foreldre, barnevern, helsepersonell og offentlige myndigheter kan være med å bidra til at barns rettigheter etter pasientrettighetsloven blir reelle.

5.1 Pliktsubjekt etter pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd

Jeg vil her se på hvem pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd retter seg mot, og hvilke plikter den pålegger. Sikrer eksistensen av § 4-4 fjerde ledd barn en medbestemmelsesrett?

Bestemmelsen i pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd sier at ”barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet” må høre hva barnet har å si før samtykke til helsehjelp gis.

Etter ordlyden kan det virke som om bestemmelsen kun retter seg mot de som bestemmelsen uttrykkelig nevner: foreldre, andre med foreldreansvaret og barnevernet.

Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd er vedtatt etter mønster av barneloven § 31.¹⁰¹ Når det gjelder bestemmelsen i barneloven retter denne seg mot andre enn foreldre og dem med avgjørelsesmyndighet, se barneloven § 31 første ledd tredje punktum. Den retter seg også mot domstoler, helse- og sosialstyret, fosterforeldre, sykehus og skoler.¹⁰²

Det vil etter dette være naturlig å anta at bestemmelsen om barns medbestemmelsesrett i helserelaterte spørsmål ikke er begrenset til å rette seg mot foreldre, andre med foreldreansvaret og barnevernet. Helsepersonell vil være en gruppe som ikke kan se bort i fra bestemmelsen. Dette vil bli drøftet nærmere i neste punkt.

Det er klart at bestemmelsen pålegger en plikt til å høre barnet før samtykke gis. Det er imidlertid ikke like klart hvor omfattende plikten er. Skal barnets rett til å si få si mening være avhengig av hva slags foreldre det har? Har det foreldre som er flinke til å inkludere barnet og som er genuint opptatt av barnets mening, vil medbestemmelsesretten kanskje få et annet innhold enn dersom den som skal samtykke på vegne av barnet egentlig ikke er så opptatt av barnets syn. Det må vel være klart at dette ikke har vært lovgivers intensjon. Likevel må foreldre til en viss grad få bestemme omfanget retten til å få si sin mening, og om denne meningen skal tas hensyn til i en avgjørelse. Retten til respekt for privatliv og familieliv, som er nedfelt i EMK artikkel 8, kan gi støtte for et slikt syn.

Jeg finner etter dette at pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd stiller krav til foreldre og andre som har med barnet å gjøre. De er forpliktet til å sikre barn et visst minimum av deltakelse i beslutninger som angår det.

5.2 Helsepersonells plikter

Jeg vil i dette avsnittet drøfte om og eventuelt hvor langt helsepersonell har en plikt til å sikre mindreårige pasienter en rett til selvbestemmelse og medbestemmelse. Videre vil jeg drøfte om helsepersonell som er i kontakt med barn har en plikt til å sikre barn nødvendig helsehjelp.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 84.

¹⁰² Smith (2006) s. 118.

Pasientrettighetsloven gir pasienter, også barn, en rekke rettigheter. Helsepersonelloven regulerer helsepersonells rettigheter og plikter. Man kan for noen rettigheter og plikter si at pasientrettighetsloven og helsepersonelloven er speilbilder av hverandre. Jeg vil i dette avsnittet drøfte nærmere hvordan forholdet mellom disse lovene er, og om helsepersonell har en plikt til å ivareta barns rettigheter som pasienter.

Retten til øyeblikkelig hjelp kan illustrere forholdet mellom pasientrettighetsloven og helsepersonelloven. En pasient har rett til øyeblikkelig hjelp etter pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd første punktum, mens helsepersonelloven § 7 pålegger helsepersonell å gi øyeblikkelig hjelp. Vi ser etter dette at det er samsvar mellom rettighet på den ene siden, og plikt på den andre siden.

Forsvarlighetskravet er nedfelt i helsepersonelloven § 4 og pålegger helsepersonell å ”utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes...”. Pasientrettighetsloven gir ikke uttrykkelig pasienter krav på forsvarlig helsehjelp. Det kan likevel spørres om retten til nødvendig helsehjelp, som er nedfelt i pasientrettighetsloven § 2-1 innebærer en rett til forsvarlig helsehjelp.

Forsvarlighetskravet må få betydning når det skal avgjøres hva slags helsehjelp som skal ytes. Likevel kan det vanskelig hevdes at det foreligger en rett til forsvarlig helsehjelp. Vi ser dermed at det ikke finnes noen rettighetsbestemmelse som samsvarer med plikten til forsvarlighet.

Det er etter ikke helt sammenfall mellom alle rettigheter og plikter i henholdsvis pasientrettighetsloven og helsepersonelloven, og sammenhengen mellom lovene gir følgelig ikke grunnlag for å konkludere med at helsepersonell plikter å ivareta barns rettigheter etter pasientrettighetsloven.

Helsepersonelloven § 10 regulerer helsepersonells plikt til å gi informasjon til pasienter. I bestemmelsen heter det at ”den som yter helsehjelp, skal gi informasjon til den som har krav på det etter reglene i pasientrettighetsloven § 3-2 til § 3-4”. Pasientrettighetsloven § 3-2, som er hovedbestemmelsen, gir anvisning på at pasienten skal informeres om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Bestemmelsen sier ikke uttrykkelig at pasienten skal informeres om mer formelle rettigheter i forbindelse med helsehjelpen.

Det kan da reises spørsmål om helsepersonelloven ikke skal anses uttømmende eller om den må tolkes utvidende når helsepersonells informasjonsplikt skal fastlegges. Når det dreier seg om barn, vil man stille spørsmålet om bestemmelsen kan tolkes utvidende slik at den innebærer en plikt for helsepersonellet til å informere om barns rettigheter, blant annet retten til selvbestemmelse og medbestemmelse.

Reelle hensyn taler for en utvidende anvendelse av informasjonsplikten. Dersom en 16 år gammel jente oppsøker lege, forteller at hun er gravid og ønsker å ta abort, bør legen informere henne om den helserettslige myndighetsalder og betydningen av denne i det konkrete tilfellet. Hun bør informeres om at det er hun selv som tar avgjørelsen og at foreldrene ikke informeres om inngrepet.

Det vil videre være naturlig å anta at et barn og dets foreldre som oppsøker helsetjenesten mottar informasjon om barnets medbestemmelsesrett. Legen bør også fortelle barnet, og ikke bare dets foreldre, at barnet skal få si sin mening før beslutningen tas. Denne informasjonen vil være naturlig i forbindelse med at legen informerer om selve helsehjelpen etter pasientrettighetsloven § 3-4 første ledd. Prinsippet om tilpasset informasjon, jf. pasientrettighetsloven § 3-5 må få anvendelse når legen informerer om medbestemmelsesretten.

Helseinstitusjoner plikter å gi informasjon som er nødvendig for at allmennheten kan skal kunne ivareta sine rettigheter, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 3-11 første ledd. På denne bakgrunn er det naturlig å anta at det finnes brosjyrer på legekantorene og sykehusene der det opplyses om den helserettslige myndighetsalderen.

5.2.1 Plikt til å ivareta retten til selvbestemmelse?

Den som yter helsehjelp er ansvarlig for at det foreligger gyldig samtykke. Som tidligere nevnt kreves det rettsgrunnlag for å iverksette behandling. Dette kan enten være pasientens samtykke eller særskilt lovbestemmelse. En lege som skal behandle en 16-åring, må forsikre seg om at han har dennes samtykke eller annen hjemmel for behandling. Dersom legen ikke har gyldig rettsgrunnlag for inngrepet, vil det være

straffbart etter straffelovens bestemmelser om legemskrenkelser. Videre vil det kunne gi grunnlag for reaksjoner etter helsepersonelloven.

Etter dette må det være klart at en lege ikke kan gjennomføre en behandling eller foreta et medisinsk inngrep på en pasient over 16 år på grunnlag av samtykke fra dennes foreldre. Hvilke krav som stilles til et gyldig samtykke vil ikke bli drøftet her.¹⁰³

Det fremgår av rettspraksis at helsepersonell kan bli erstatningsansvarlig hvis han eller hun ikke innhentet gyldig samtykke før undersøkelsen eller behandlingen.

Dommen inntatt i RG 1954 s. 601 omhandlet et tilfelle der det var foretatt amputasjon av en tå uten først å ha innhentet samtykke fra pasienten. Da det i dette tilfelle hadde vært full anledning til å innhente kvinnens samtykke, forelå det en rettsstridig og uaktsom handling som overlegen og dermed sykehuset måtte være erstatningsansvarlig for følgende av.

I dommen inntatt i Rt. 1993 s. 1169 var sakens hovedspørsmål om pasienten fikk tilstrekkelig informasjon som grunnlag for å samtykke i operasjon. Førstvoterende uttalte:

“Samlet sett mener jeg at den manglende informasjon om muligheten for nerveskade ikke kan utløse erstatningsansvar i dette tilfellet. Det ble gitt informasjon på grunnlag av en fullt forsvarlig diagnose.”

Sykehuseieren ble etter dette frifunnet.

Det må etter dette være klart at helsepersonell har en plikt til å forsikre seg om at det foreligger gyldig samtykke før behandling iverksettes. På denne måten sikrer legen gjennomføringen av selvbestemmelsesretten.

¹⁰³ Om de nærmere krav til et gyldig samtykke se Syse (2009) s. 292 flg.

Men hva med helsepersonells plikt til å sikre retten til selvbestemmelse på et tidligere stadium? Hva slags informasjon får en 16-åring om samtykkereglene når han er i kontakt med helsetjenesten?

Dette spørsmålet er ikke uttrykkelig regulert i lovgivningen. Informasjonsplikten etter helsepersonelloven § 10 må være avgjørende. Jeg viser til drøftelsen under punkt 5.2.

5.2.2 Plikt til å ivareta retten til medbestemmelse?

Jeg vil i denne delen drøfte hvordan helsepersonell kan og bør være med på å ivareta barns rett til medbestemmelse i helserelaterte spørsmål.

Utgangspunktet må være at en lege må ha et selvstendig ansvar for å vurdere om en behandling bør gjennomføres eller et inngrep bør utføres.¹⁰⁴ Legen må ut fra en vurdering av forsvarligheten i den konkrete situasjon vurdere om det å gjennomføre inngrepet ved bruk av tvang er å utsette barnet for en integritetskrenkelse. Her vil særlig barnets alder og utvikling være sentralt. Graden av tvang som må benyttes vil også få betydning i vurderingen. Videre må nødvendigheten av behandling vurderes. Ved dette selvstendige ansvaret er legen med på å ivareta den mindreåriges medbestemmelsesrett.

Hvor langt helsepersonell har plikt til å ivareta barns rettigheter som pasienter, er ikke klart. Skal legen reagere hvis han oppfatter at barnet er motvillig til en behandling foreldrene har samtykket til, eller skal han også aktivt bidra til at barnet blir hørt?

Denne vurderingen må tas med utgangspunkt i kravet om forsvarlig og omsorgsfull helsehjelp etter helsepersonelloven § 4. Dette vil av plasshensyn ikke gjøres her.

Når det gjelder informasjon og veiledning rundt medbestemmelsesretten, må helsepersonelloven § 10 være avgjørende. Det vises til drøftelsen under punkt 5.2.

¹⁰⁴ Aasen (2008) s. 23.

5.2.3 Å sikre barn og unge nødvendig helsehjelp

Har helsepersonell som kommer i kontakt med barn en plikt til å bidra til at disse får nødvendig helsehjelp?

En slik plikt kan være viktig i de situasjoner der foreldrene er uenige, og det derfor ikke foreligger gyldig samtykke til behandling og i de tilfeller der foreldrene ikke ivaretar barnets interesser.

Det er flere mulige grunnlag for en slik plikt.

Pasientrettighetsloven § 2-1 andre ledd gir pasienter rett til nødvendig helsehjelp. Etter denne bestemmelsen har barn, så vel som voksne, rett til helsehjelp såfremt den er nødvendig, pasienten har forventet nytte av den og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt. Spørsmålet her er om helsearbeidere har plikt til å sikre denne rettigheten for barn. Vi har tidligere sett at det ikke nødvendigvis er sammenfall mellom pasienters rettigheter og helsepersonells plikter. På den annen side kan man ikke se bort i fra den viktige rolle helsepersonell spiller i forbindelse med gjennomføringen av de ulike rettighetene i pasientrettighetsloven. Dette taler for at helsepersonell til en viss grad må være forpliktet til å sikre pasienter, herunder barn, nødvendig helsehjelp. Pliktsubjekt i forhold til retten til nødvendig helsehjelp er kommunene og spesialisthelsetjenesten. Disse er igjen avhengig av helsepersonell som deres representanter.

Helsepersonelloven § 4 stiller krav til helsepersonells yrkesutøvelse. Gjennom bestemmelsen er det lovfestet en generell plikt til å opptre forsvarlig. Om plikten står det i forarbeidene til helsepersonelloven følgende:

“I begrepet forsvarlighet ligger en faglig og rettslig norm for hvordan den enkeltes yrkesutøvelse bør utøves i ulike sammenhenger. I juridisk terminologi er begrepet en rettslig standard. Det vil si at det er en norm med både objektive og subjektive elementer, som innebærer at den kan defineres ulikt på bakgrunn av hva som er rimelig å forvente. Det innebærer at den kan gis forskjellig innhold for

de ulike grupper helsepersonell, i ulike situasjoner, og at innholdet i normen vil forandre seg over tid.”¹⁰⁵

Forsvarlighetskravet omfatter helsepersonells atferd i tjenesten i sin alminnelighet. Den er således ikke bare en teknisk-faglig, men også en etisk standard.¹⁰⁶ Kan forsvarlighetskravet innebære at helsepersonell har en plikt til å sikre barn nødvendig helsehjelp? Det må kunne legges til grunn at forsvarlighetskravet innebærer at helsepersonell ikke kan “snu seg bort” dersom han eller hun kommer bort i tilfelle der barn ikke får nødvendig eller hensiktsmessig helsehjelp. Spesielt må dette gjelde når man tar meldeplikten til barnevernet i betraktning. Dette vil omtales nedenfor.

Det er redegjort for innholdet i pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav b i avhandlingens punkt 4.3.1. Her er temaet om og eventuelt hvor langt bestemmelsen forplikter helsepersonell til å sørge for at mindreårige pasienter får nødvendig helsehjelp. Paragraf 4-4 omhandler hvem som kan samtykke på vegne av barn, og er følgelig en kompetansebestemmelse. Slik bestemmelsen er utformet er det ikke uten videre klart at den pålegger helsepersonell en plikt til å sikre at helsehjelp gjennomføres i de tilfeller som omfattes av andre ledd. Gode grunner taler likevel for at bestemmelsen forplikter helsepersonell til å “benytte seg av den” i tilfeller som kan omfattes.

Et tenkt eksempel: en mor og hennes barn oppsøker helsetjenesten. Moren og faren til barnet har delt foreldreansvar. Legen som tar i mot pasienten vurderer det slik at behandling må settes i gang snarest for å unngå at barnet tar skade. Han må da være forpliktet til å sette i gang behandling på grunnlag av morens samtykke etter pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav b.

Helsepersonell er forpliktet til å informere barnevernet om forhold som kan begrunne vedtak om behandlingstiltak og eventuelt om omsorgsovertakelse, se helsepersonelloven § 33. Bestemmelsen pålegger helsepersonell en plikt til å være oppmerksom på forhold som kan innebære at barn må gis hjelp fra barneverntjenesten. Videre gis en plikt til å gi

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998-99) s. 34.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-99) s. 38.

opplysninger til barneverntjenesten når bestemte vilkår er oppfylt. Formålet med bestemmelsen er å tilrettelegge for at barn får nødvendig oppfølging og omsorg utover behovet for helsehjelp.¹⁰⁷

Ser man de ulike drøftelser i sammenheng vil det nok være naturlig å konkludere med at helsepersonell spiller en viktig rolle i forbindelse med å sikre barns rett til medbestemmelse og selvbestemmelse og at barn får nødvendig helsehjelp. Informasjonsplikten, forsvarlighetskravet og meldeplikten til barnevernet er viktige elementer.

5.3 Kontroll med rettigheter

Jeg vil se på om vi har noen form for offentlig kontroll med hvordan barns rettigheter i forbindelse med medisinsk behandling etterleves.

5.3.1 Internkontroll

Den enkelte institusjon og primærhelseyrer skal opprette egne internkontrollsystemer og selv drive ”lovlighets- og kvalitetskontroll”, se lov om statlig tilsyn § 3. Dette må blant annet innebære at den enkelte institusjon selv driver aktiv kontroll med barn og at unge på institusjon får den nødvendige informasjon og er sikret den nødvendige selvbestemmelse og medbestemmelse i spørsmål som angår deres liv og helse.¹⁰⁸

5.3.2 Pasient- og brukerombud

Pasient- og brukerombudet skal arbeide for å ivareta pasientens og brukerens behov, interesser og rettsikkerhet overfor den statlige spesialisthelsetjenesten og den kommunale helse- og sosialtjenesten, og for å bedre kvaliteten i disse tjenestene, jf. pasientrettighetsloven § 8-1. Pasient- og brukerombud arbeider i stor grad ut i fra henvendelser, noe som gjør deres virksomhet avhengig av at pasienter og pårørende henvender seg til ombudet.

¹⁰⁷ Befring (2010) s. 259.

¹⁰⁸ Warberg (1998) s. 39.

5.3.3 Barneombud

Barneombudet er en moderne ”rettsikkerhetsinstans” for barn innenfor helsevesenet. Ombudet kan både drive aktiv oppsøkende kontroll av for eksempel helseinstitusjoner og motta nødvendige informasjonen uhindret av taushetsplikt. Barneombudsloven § 3 andre ledd bokstav b pålegger barneombudet å følge med i at lovgivning til vern om barns interesser blir fulgt.

5.3.4 Statens Helsetilsyn/Helsetilsynet i fylket

Statens helsetilsyn er overordnet tilsynsmyndighet for barnevern-, sosial- og helsetjenester i Norge. Statens helsetilsyn er den overordnede, nasjonale tilsynsmyndigheten.

Helsetilsynet i fylket er tilsynsmyndighet for helsetjeneste og helsepersonell i fylket. Helsetilsynet i fylket driver planlagt tilsyn med virksomheter, behandler saker om svikt i tjenestene eller hos helsepersonell, mottar meldinger om betydelig personskade eller forhold som kunne ført til betydelig personskade etter lov om spesialisthelsetjenesten § 3-3 og behandler klager som gjelder manglende oppfyllelse av rettigheter i helsetjenesten.

5.3.5 Om gjennomføringen av FNs barnekonvensjon

Etter barnekonvensjonen artikkel 4 skal statene treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen. Etter artikkel 42 er statene forpliktet til å gjøre reglene og prinsippene i konvensjonen viden kjent til barn og voksne gjennom hensiktsmessige og aktive tiltak, mens statene etter artikkel 5 er forpliktet til å gi foreldrene hensiktsmessig veiledning om barns rettigheter og samtidig respektere de rettigheter som foreldrene har.

Spørsmålet her er hvilke plikter staten har for å sikre barnets rett etter barnekonvensjonen artikkel 12. Utgangspunktet må tas i de generelle gjennomføringspliktene som er statuert i artikkel 4, 5 og 42. En sentral del av Norges forpliktelser er oppfylt gjennom barneloven § 31 og andre lovbestemmelser om barns rett til selvbestemmelse og

medbestemmelse.¹⁰⁹ Å gi lover er imidlertid ikke tilstrekkelig. Myndighetene må også se til at regelverket etterleves.

Hvordan skal myndighetene sikre at foreldrene involverer egne barn i tilstrekkelig grad når de treffer beslutninger på barnas vegne, og la barna selv treffe avgjørelser når de er modne nok til det, eller har oppnådd lovfastsatte aldersgrenser for selvbestemmelsesrett? Barnekonvensjonen understreker i artikkel 5 foreldrenes primæransvar, samtidig som staten har en generell forpliktelse til å se til at barn oppnår rettighetene de er tilkjent, også innad i familien.

En sentral del av statens forpliktelse kan oppfylles gjennom opplysningsarbeid, både generelt og ved målrettede tiltak mot bestemte grupper.¹¹⁰ Dette kan bidra til økt bevissthet rundt retten til medbestemmelse og selvbestemmelse.

5.4 Saker der barnevernet er involvert

Som vi har sett trer barneverntjenesten i noen tilfeller i foreldrenes sted i forbindelse med helsehjelp. Det som er spesielt med sakene er at det ikke er barnets foreldre som tar avgjørelser på vegne av det, men avgjørelsen tas av noen barnet kanskje ikke kjenner. Taler dette for å sikre medbestemmelsesretten i større grad enn i normale tilfelle? Jeg vil i dette avsnittet gjøre rede for de spesielle regler som får anvendelse i de tilfeller der barnevernet er involvert.

Det kan tenkes to grupper av saker der barnevernet er involvert. For det første har vi de tilfellene som nevnes i pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd. Sakene det dreier seg om er midlertidig vedtak om å plassere barnet utenfor hjemmet (§ 4-6 annet ledd), vedtak om omsorgsovertakelse når barnet bor utenfor hjemmet (§ 4-8) og vedtak om å overta omsorgen for et barn. I disse tilfellene er barnevernet barnets myndighetsperson og barnevernstjenestens samtykke til helsehjelp erstatter samtykke fra foreldrene, jf. pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd.

¹⁰⁹ Sjøvig (2009) s. 83.

¹¹⁰ Sjøvig (2009) s. 83.

For det andre har vi det tilfelle at barnevernet fatter vedtak om medisinsk undersøkelse og behandling med hjemmel i barnevernloven § 4-10. I disse tilfellene fratas ikke foreldrene omsorgen for barnet. Bestemmelsen er redegjort for ovenfor.

Pasientrettighetsloven, barneloven og barnevernloven gir regler om barn og unges rett til medbestemmelse. Jeg vil se på hvilke av disse lovene som får anvendelse i de tilfeller som nevnt ovenfor. Innholdet i pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd vil ikke drøftes i denne delen av oppgaven. Dette er redegjort for ovenfor. Når det gjelder innholdet i barneloven vises det også til fremstillingen som er gitt tidligere i oppgaven.

I den første av gruppene, er det klart at pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd får anvendelse. Det antas at annet ledd i barneloven § 31 gjelder for saker som behandles etter lov om barnevern. Første ledd må antas å ha veiledende betydning i slike saker.¹¹¹

Når det gjelder barnevernloven kan man spørre seg om det i det hele tatt har betydning om bestemmelsen i § 6-3 kommer til anvendelse. Kan det tenkes at kravet om å høre barnet etter barnevernloven er mer omfattende enn høringsplikten etter pasientrettighetsloven?

Kapittel 6 i barnevernloven inneholder generelle saksbehandlingsregler. Barns rettigheter under saksbehandlingen er regulert i § 6-3 første ledd, som lyder:

“Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.”

Det er imidlertid ikke like klart om medbestemmelsesretten etter barnevernloven får anvendelse i disse tilfelle. I de tilfeller barneverntjenesten er barnets myndighetsperson og samtykker til helsehjelp etter reglene i pasientrettighetsloven § 4-4 regnes ikke helsehjelpen som et tiltak etter barnevernloven, noe som taler mot at bestemmelsen som

¹¹¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-92) s. 80.

får anvendelse. På den annen side taler reelle hensyn for at barneverntjenestens plikt til å høre barnet er et generelt prinsipp, og derfor må gjelde.

Gording Stang skriver om retten til å ytre seg og bli hørt: ”Barnet må aktivt bli tilbudt muligheten til å uttrykke seg; man kan ikke forvente at barnet selv skal ta initiativ til dette. Det må derfor inngå som en saksbehandlingsrutine i barnevernssaker alltid å undersøke om barnet vil uttale seg.”¹¹² Denne uttalelsen er gitt i relasjon til vedtak etter barnevernloven.

Det kan etter dette synes som plikten til å høre hva barnet mener strekker seg noe lenger etter barnevernloven, og det derfor er av betydning om bestemmelsen i barnevernloven § 6-3 får anvendelse.

Jeg finner at barneverntjenestens plikt til å høre barn før det skal ta en avgjørelse er et generelt prinsipp, og innholdet i medbestemmelsesretten må bli den samme uavhengig av hvilken lov man forankrer den i.

Vedtak etter barnevernloven § 4-10 er et vedtak etter barnevernloven, og bestemmelsen i barnevernloven § 6-3 må få anvendelse i et slikt tilfelle. Barnevernloven § 31 andre ledd må også gjelde, og § 31 første ledd må få veiledende betydning.¹¹³ Det samme gjelder pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd.

5.5 Sammenlikning

Avslutningsvis vil jeg sammenligne situasjonen der barneverntjenesten er barnets myndighetsperson med det tilfellet at den mindreårige pasienten har foreldre som har avgjørelsesmyndigheten. Er det noen ulikheter som gjør at retten til medbestemmelse blir bedre ivarettatt for den ene eller annen gruppe?

Vi har sett at det er flere lover som regulerer barneverntjenestens plikt til å høre barnet før det tas avgjørelser som angår det. Plikten til å høre barnet anses å være omfattende.

¹¹² Stang (2007) s. 110.

¹¹³ Ot.prp. nr. 44 (1991-92) s. 80.

Det kan synes som at barnets rett til å få si sin mening står sterkere i forholdet mellom et barn og barnevernet enn mellom et barn og dets foreldre. Det finnes flere rutiner i forhold rundt det å høre barnets mening i en sak hvor barnevernet er involvert sammenliknet med en avgjørelse foreldre tar på vegne av sine barn. Videre kommer klagereglene som får anvendelse i barnevernssaker.

Retten til respekt for privatlivets fred etter EMK artikkel 8 kan kanskje til en viss grad rettferdiggjøre en slik forskjell. På den annen side vil mange av hensynene bak en rett til medbestemmelse gjøre seg gjeldende både i saker der foreldrene tar avgjørelsen og der barnevernet er involvert. Dette gjelder hensyn som den mindreåriges integritet, respekt for egne meninger og at medbestemmelse er en del av det å lære å ta egne avgjørelser.

Dersom foreldrene til et barn på 12 år beslutter at barnet skal gjennomgå en behandling på tross av at barnet selv ikke ønsker behandlingen, vil vi kanskje godta dette. Barnet er som utgangspunkt underlagt foreldrenes avgjørelsesmyndighet frem til det fyller 18 år. Det skaper derimot kanskje større motforestillinger hos oss at en saksbehandler hos barnevernet kan ta den samme avgjørelsen for et barn som barneverntjenesten har overtatt omsorgen for. Med andre ord kan man si at reelle hensyn taler for at retten til medbestemmelse har et sterkere vern i saker der barnevernet er involvert.

Etter dette finner jeg at retten til medbestemmelse blir bedre ivaretatt for de barn som har barnevernstjenesten som sin myndighetsperson. Det fremstår imidlertid ikke som klart at det bør være en slik forskjell.

6 Avslutning

Vi har sett at som hovedregel har pasienter over 16 år en selvbestemmelsesrett i spørsmål om egen helse, mens foreldre samtykker til helsehjelp til barn under 16 år. Når det gjelder barns rett til deltakelse slår pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd fast at barn har en rett til medbestemmelse i helserelaterte spørsmål.

Utgangspunktene er klare. Modifikasjonene og den nærmere grense mellom barns selvstendighet og foreldrenes avgjørelsesmyndighet er imidlertid ikke like klare.

En gjennomgang av blant annet forarbeidene har vist at 16 års-grensen ikke er absolutt; det åpnes for at også pasienter under 16 år kan ha rett til et selvstendig samtykke. Dette unntaket er vanskelig tilgjengelig i regelverket og det er videre uklart hvor langt det strekker seg. Dette er uheldig. Gode grunner kan tale for at foreldre bør holdes utenfor når mindreårige oppsøker helsetjenesten. Spesielt gjelder dette dersom det er strid mellom barnets og foreldrenes interesser og/eller den mindreårige selv er i stand til å ta vare på seg selv på en fornuftig måte og har gode og overveiede begrunnelser for sine valg og standpunkter.

En bedre tilgjengelighet og nærmere klargjøring av regelen om selvstendig samtykkerett før fylte 16 år ville kanskje kunne bidratt til at flere mindreårige pasienter fikk helsehjelp uten frykt for at deres foreldre skulle kobles inn. En slik klargjøring ville også vært fordelaktig for helsepersonell som kommer i kontakt med barn.

Barns rett til deltakelse står sentralt i barneretten. I pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd slås det fast at barn har en rett til medbestemmelse i helserelaterte spørsmål. Likevel er det grunn til ikke å være helt fornøyd med dette. Jeg har i avhandlingen pekt på at det er en svakhet at pasientrettighetsloven har en avvikende regulering fra barneloven og barnekonvensjonen. Det er grunnlag for å spørre om aldersgrensen i pasientrettighetsloven utgjør et konvensjonsproblem. Etter pasientrettighetsloven kan det se ut som at barn ikke har en ubetinget rett til å si sin mening før det er fylt 12 år. Dette må klart være i strid med barneloven og FNs konvensjon om barnets rettigheter. Pasientrettighetsloven burde på lik linje med barneloven vært endret da barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk rett i 2003.

Når det gjelder barns rett til medbestemmelse har vi sett at det nærmere forhold mellom foreldreansvaret og retten til medbestemmelse er uklart. Det er klart at medbestemmelsesretten gjør en innskrenkning i foreldreansvaret, men hvor stor innskrenkning retten utgjør må vurderes konkret i de enkelte tilfelle. Særlig spørsmålet om bruk av tvang i forbindelse med helsehjelp er utilstrekkelig regulert. I et rettsikkerhetsperspektiv er dette uheldig. Pasientrettighetsloven burde gitt svar på om foreldresamtykke kunne gi grunnlag for bruk av tvang. Da dette svaret ikke kan besvares med et enkelt “ja” eller “nei”, ville det vært en fordel om regelverket ga anvisning på den vurdering som måtte foretas. Sammenhengen med medbestemmelsesretten taler for at barnets alder og utvikling må stå sentralt. Barneloven, som får direkte anvendelse i spørsmål om helse, må være avgjørende: Når barnet er fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener.¹¹⁴

Gjennomføringen av en rettighet er viktig for hvor reell rettigheten kan sies å være. Retten til medbestemmelse innebærer at barnets syn på saken gradvis må få stor betydning, og forutsetter at vedkommende gis reell innflytelse. Det kan være vanskelig for barnet selv å håndheve denne rettigheten. Barnet er derfor avhengig av at andre er med på å sikre en rett til å få si sin mening. Med andre ord kan man si at retten til medbestemmelse stiller krav til foreldre, barnevern, helsepersonell og andre som har med barnet å gjøre.

Som en oppsummering kan man si at regler om barns rett til medbestemmelse og selvbestemmelse i stor grad handler om forholdet mellom et barn og dets foreldre. På den ene siden har vi hensynet til foreldrene; de er gitt en avgjørelsesmyndighet overfor sine barn fordi barnet selv ikke er i stand til å ta viktige avgjørelser. På den andre siden har vi hensynet til det enkelte barn; vernet for deres tanker og meninger rundt viktige spørsmål.

Når man skal ta stilling til om foreldrene eller barnet skal få det avgjørende ord, må begrunnelsen for foreldreansvaret stå sentralt. Avgjørende for retten til selvbestemmelse og medbestemmelse må være barnets evne til selv å ta overveide beslutninger, og dets evne til å komme med gjennomtenkte synspunkter når avgjørelser skal tas. Barnets alder,

¹¹⁴ Barneloven § 31 annet ledd annet punktum.

utvikling og modenhet er avgjørende for dets selvstendighet og deltakelse. Så lenge et barn har tanker og meninger om spørsmål som angår det, finnes det som oftest ikke gode grunner for at disse ikke skal få komme frem. Noe annet er at det kan være nødvendig at foreldrene – de voksne – må få det avgjørende ord.

7 Litteraturliste

Norske lover

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1927 Lov om vergemål for umyndige (vergemålsloven) av 22. april 1927 nr. 3
- 1964 Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven) av 18. juni 1964 nr. 4
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967
- 1969 Lov om trdomssamfunn og ymist anna av 13. Juni 1969 nr. 25
- 1973 Lov om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m. (transplantasjonsloven) av 9. februar 1973 nr. 6
- 1975 Lov om svangerskapsavbrudd (abortloven) av 13. juni 1975 nr. 50
- 1977 Lov om sterilisering (steriliseringsloven) av 3. juni 1977 nr. 57
- 1980 Lov om leger (legeloven) av 13. juni 1980 nr. 42
- 1981 Lov om barneombud av 6. Mars 1981 nr. 5
Lov om barn og foreldre (barneloven) av 8. April 1981 nr. 7
- 1984 Lov om statlig tilsyn med helsetjenesten av 30. Mars 1984 nr. 14
- 1986 Lov om adopsjon (adopsjonsloven) av 28. februar 1986 nr. 8
- 1989 Lov om omsetning av alkoholholdig drikk mv. (alkoholloven) av 2. juni 1989 nr. 27
- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. Juli 1992 nr. 100
- 1994 Lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven) av 5. august 1994 nr. 55
- 1998 Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. juli 1998 nr. 61
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

- Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven) av 2. Juli 1999 nr. 61
- Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2. juli 1999 nr. 62
- Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63
- Lov om helsepersonell (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 64
- 2000 Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14. April 2000 nr. 31
- 2008 Lov om medisinsk og helsefaglig forskning (helseforskningsloven) av 20. juni 2008 nr. 44

Utenlandske lover

- Sundhedsloven Lovbekendtgørelse nr. 546 af 24. juni 2005, som ændret senest ved lovbekendtgørelse 2010-07-13 nr. 913. Sundhedsloven [Danmark]

Forskrifter

- 2000 Forskrift 1. desember 2000 nr. 1217 om barns opphold i helseinstitusjon

Traktater

- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
- BK FNs konvensjon om barnets rettigheter, FN, 1989

Forarbeider til norske lover

- | | |
|------------------------------|---|
| NOU 1977:35 | Lov om barn og foreldre |
| NOU 2000:12 | Barnevernet i Norge |
| NOU 2008:9 | Med barnet i fokus |
|
Høringsnotat 1 |
Høringsnotat I-0888 B fra Sosial- og helsedepartementet |
|
Ot.prp. nr. 44 (1991-92) |
Om Lov om barneverntjenester |
| Ot.prp. nr. 11 (1998-99) | Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) |

Ot.prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)
 Ot.prp. nr. 13 (1998-99) Om lov om helsepersonell mv.
 Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv.
 Ot.prp. nr. 74 (2006-2007) Om lov om medisinsk og helsefaglig forskning
 (helseforskningsloven)
 Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv.

Innst. O. nr. 96 (2002-2003) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen
 om lov om endringer i barneloven mv.

Dommer

Rt. 1993 s. 1169

RG 1954 s. 601

Rundskriv m.m.

Helsedepartementets rundskriv I-8/2003

Helsedirektoratets rundskriv IS-12/2004

General Comment no. 12 (2009), Committee on the rights of the Child

Bøker

Backer, Inge Lorange: *Barneloven kommentarutgave*, 2. Utgave, 2008

Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad: *Helsepersonelloven med kommentarer*, 3.
 Utgave, Bergen, 2010

Gullestad, Siri Erika: *Å si i fra. Autonomibegrepet i psykoanalysen*, Oslo, 1992

Haugli, Trude: *Hensynet til barnets beste. I: Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i
 Norge*, Oslo, 2008, s. [46]-62

Kjønstad, Asbjørn: *Helserett*, Oslo, 2007

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse: *Velferdsrett I*, Oslo, 2008

Rynning, Elisabeth: *Samtykke til medisinsk vård og behandling*, Uppsala, 1994

Smith, Lucy og Peter Lødrup: *Barn og foreldre*, 7. Utgave, Oslo, 2006

Stang, Elisabeth Gording: *Det er barnets sak. Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak
 etter barnevernloven § 4-4*, Oslo, 2010

Syse, Aslak: *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 3. Utgave, Oslo, 2009

Warberg, Lasse: *Barn og unges rettigheter som pasienter*, Oslo, 1998 (Hefter om helserett)

Aasen, Henriette Sinding: *Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, 1. Utgave, Bergen, 2000

Artikler

Elde, Wenche Dahl: *Barn og unges rettssikkerhet ved etablering av psykisk helsevern*, I: Barn i Norge, 2010

Syse, Aslak; *Den rødgrønne regjeringen etter valget*, I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2009-4

Søvig, Karl Harald: *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, En utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet, Bergen, Det juridiske fakultets skriftserie, UiB nr. 115 2009

Aasen, Henriette Sinding: *Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp*, I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2008-1

Nettdokument

www.siv.no

http://www.siv.no/webpro/portal/AvdSide.asp?Database=webpro&Dokument_Type=502600&FraType=&Tittel=Senter%20for%20sykelig%20overvekt&Dok_Idx=10435&fraURL=&Meny2=502601&Nyhet_Type=5026

